Die
Nichtigkeitserklärung einer Aktiengesellschaft nach geltendem Recht.

Ein Beitrag zur Lehre von den Rechtsgestaltungsklagen.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät der Friedrich-Alexanders-Universität

zu Erlangen vorgelegt

von

Max Benjamin

aus **Berlin.**

Referendar am Königlichen Amtsgericht zu Rixdorf.

Approbiert am 6. Mai 1907.

Rostock.

Rats- und Universitäts-Buchdruckerei von Adlers Erben, G. m. b. H.

1907.

178

Referent: Universitäts-Professor Dr. Sehling.

Meinen Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549813_0131

Inhaltsübersicht.

Verzeichnis der benutzten Literatur V
§ 1. Einleitung: Die Nichtigkeit des bürgerlichen Rechts in verschiedener Erscheinungsform 1

I. Abschnitt: Die materielle Rechtslage als Voraussetzung der Erhebung der Klage auf Nichtigkeitserklärung der Aktiengesellschaft 5
§ 2. Die Gründe der Nichtigkeit der Aktiengesellschaft nach geltendem Recht 5
§ 3. Die Rechtsnatur der nichtigen Aktiengesellschaft 13

II. Abschnitt: Die Klage auf Nichtigkeitserklärung . 29
§ 4. Besonderheiten der Rechtsgestaltungsklagen . . 29
§ 5. Die Nichtigkeitsklage aus § 309, eine Rechtsgestaltungsklage 37

III. Abschnitt: Die Rechtslage nach Erlaß des Urteils 53
§ 6. Die ex nunc, nicht ex tunc wirkende Rechtskraft des Urteils 53
§ 7. Die Heilung der Mängel vor der Rechtskraft des die Nichtigkeit aussprechenden Urteils 62
§ 8. Anhang 70

Verzeichnis der benutzten Literatur.

1. Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 6. Aufl., 1903.
2. Denkschrift zum Entwurf eines H. G. B. in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage, 1896.
3. Dernburg, Das bürgerl. Recht des Dtsch. Reichs und Preußens, Bd. 1, 2. Aufl., 1901.
4. Düringer, in der Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Bd. 6, p. 47.
5. Düringer-Hachenburg, Kommentar z. H.G.B., 1898.
6. Entscheidungen des Oberlandesgerichts Jena in den Blättern für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt, Jahrgang 1903, p. 202.
7. Entscheidungen d. Reichsoberhandelsgerichts, Bd. VII, XVI.
8. Entscheidungen des Reichsgerichts, B. V, LIV.
9. Esser, R. u. F., Die Aktiengesellschaften nach den Vorschriften des H. G. B., 2. Aufl.
10. Fischer-Henle, Das Bürgerl. Gesetzbuch, 1906.
11. Gareis, Kommentar zum H. G. B., 2. Aufl.
12. Gaupp-Stein, Die C. P. O. für das Deutsche Reich, 4. Aufl., 1899.
13. Gierke, in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 45, p. 502.
14. Gierke, Die Genossenschaftstheorien und die Deutsche Rechtsprechung, 1887.
15. Goldschmidt, R., Die Nichtigkeit einer Aktiengesellschaft bei Holdheim, B. 9, p. 158 ff., 178.
16. Hellwig, Anspruch und Klagerecht 1900.

17. Hellwig, Lehrbuch des Civilprozeßrechts, Bd. I, 1903.
18. Hellwig, in der Deutschen Juristenzeitung, 1903, Nr. 12.
19. Hellwig, ebendort 1904, Nr. 18.
20. Josef, in der Zeitschrift für Civilprozeß Bd. 30, p. 98 ff.
21. Kisch, Beiträge zur Urteilslehre 1903.
22. Langheineken, Der Urteilsanspruch, 1899.
23. Lehmann, Karl, Das Recht der Aktiengesellschaften, Bd. I.
24. Lehmann, Karl, Jherings Jahrbücher, Bd. 33, p. 389—447.
25. Lehmann-Ring, Das H. G. B. für das Deutsche Reich, Bd. I, 1902.
26. Lent, Die Nichtigkeit einer Aktiengesellschaft nach dem neuen H. G. B., Inaug.-Diss., Leipzig 1901.
27. Litthauer, H. G. B. (Guttentag), 12. Aufl.
28. Lobe, im Sächs. Archiv, Bd. VI, p. 673.
29. Makower, Das H. G. B. nebst Kommentar, 12. Aufl.
30. Motive zum Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.
31. Pinner, Das deutsche Aktienrecht, 1899.
32. Riesser, in der Deutschen Juristenzeitung, Jahrgang I, p. 155 ff.
33. Riesser, Die Neuerungen im Aktienrecht, 1899.
34. Schmidt, Richard, Lehrbuch des Civilprozeßrechts, 1906.
35. Seckel, „Gestaltungsrechte“ (Festschrift für Geh.-R. Koch) 1906.
36. Simonis, Die Nichtigkeitserklärung einer Aktienges. nach dem neuen H. G. B. Inaug.-Diss. Rostock 1901.
37. Staub, Kommentar zum Allg. Deutschen Handelsgesetzbuch, 3. u. 4. Aufl.
38. Staub, Kommentar zum H. G. B., 6. u. 7. Aufl.

39. Staub, Kommentar zum H. G. B., 8. Aufl.
40. Struckmann-Koch, Die C. P. O. für das Deutsche Reich, 1900.
41. Sydow-Busch, Civilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz (Guttentag), 1905.
42. Wilmowski-Levy, Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 1889.
43. Wulf, Die Nichtigkeitserklärung einer Aktiengesellschaft nach dem neuen H. G. B., Inaug.-Diss. Erlangen 1905.

Die Abkürzungen entsprechen den „Vorschlägen des Deutschen Juristentags“ für die Art der Anführung von Rechtsquellen, Entscheidungen und wissenschaftlichen Werken (Berlin 1905, Guttentagsche Verlagsbuchhandlung).

Einleitung.

§ 1.

Die Nichtigkeit des bürgerlichen Rechts in verschiedener Erscheinungsform.

Unser Bürgerliches Gesetzbuch spricht von einer Nichtigkeit bei Rechtsgeschäften und von einer Nichtigkeit bei der Ehe; so verschieden wie die Ehe in ihrer Eigenschaft als Rechtsgebilde von dem Rechtsgeschäft als einer Willensäußerung ist, die höchstens ein solches Rechtsgebilde zu schaffen vermag, in so verschiedener Weise tritt auch die Nichtigkeit einer Ehe vor Erwirkung der rechtskräftigen Nichtigkeitserklärung, bezw. der Auflösung und die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts in die Erscheinung; die Ehe ist ein Rechtszustand, eine Rechtsbeziehung zwischen zwei Personen, das Rechtsgeschäft ist ein Vorgang, eine Handlung, die rechtliche Wirkungen bezweckt. Wenn das Gesetz sagt, die Ehe ist in den Fällen der §§ 1324—1328 nichtig, so heißt das zunächst nur: Wenn die betreffenden Voraussetzungen gegeben bezw. nicht gegeben sind, besteht zwischen den Ehegatten keine Rechtsbeziehung, die das Gesetz als vollgültige Ehe anerkennt, sei es nun, daß es der Eheschließung jegliche Wirkung abspricht oder ihr vorübergehend bestimmte Wirksam-

keit verleiht. Nur im Falle des § 1324, wenn die Ehe nicht in das Heiratsregister eingetragen ist, kann sich von vorneherein jeder auf den Mangel berufen, d. h. es besteht keine in irgendwelcher Weise wirksame Beziehung zwischen den zwei Personen. In den anderen Fällen dagegen besteht zweifellos gemäß § 1329 bis zur Rechtskraft des Nichtigkeitsurteils bezw. bis zur Auflösung der Ehe eine festgeregelte Rechtsbeziehung zwischen den Gatten, die in jeder Weise der Ehe gleichsteht, da ihre Mängel bis zu den genannten Zeitpunkten in keiner Weise anders geltend gemacht werden können. Das tatsächlich gesetzlich festgestellte Bestehen einer solchen Rechtsbeziehung kann selbst von denen nicht geleugnet werden, die wie Hellmann, Kohler, Fitting, Petersen u. a. das Ehe-Nichtigkeitsurteil deklaratorisch nennen, und somit, wie Langheineken, Urteilsanspruch p. 245, richtig ausführt, verlangen, daß man sich gewisse Rechtswirkungen als schon vor der Rechtskraft nicht vorhanden vorstelle, während sich doch jeder auf ihr Vorhandensein, niemand auf ihr Nicht-Vorhandensein berufen kann. Ob wir nun diese Beziehung „Ehe" nennen oder nur der Ehe gleichstellen, ergibt keinen Unterschied. Jedenfalls kommen wir zu dem Resultat, daß trotz der Mängel der §§ 1325—1329 bis zu den in § 1329 genannten Zeitpunkten ein der Ehe gleiches Verhältnis besteht, das vom Gesetz „nichtige Ehe" benannt ist.

Wenn wir nun wieder auf die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts zurückkommen, so zeigt sich uns

offenbar ihre von der eben besprochenen Nichtigkeit verschiedene Natur. Ist ein Rechtsgeschäft nichtig, so hat es nicht die gewollten Rechtsfolgen, und jeder kann sich auf die Mängel berufen, aus denen die Nichtigkeit sich ergibt. Rechtsfolgen können sich wohl aus dem Geschäft ergeben, doch sind es andere als die, die sich bei Gültigkeit des Geschäfts ergeben hätten; es sind solche, die sich auf die Nichtigkeit als solche und die bona fides z. B. des Kontrahenten stützen, wie im Falle des § 307 oder 405 B. G. B., nicht aber auf das Rechtsgeschäft als solches.

Wenn das B. G. B. so in der „Nichtigkeit" der Ehe und des Rechtsgeschäfts zwei in ihrer Wirkung grundverschiedene Rechtstatbestände aufweist, müssen wir zu dem Schluß kommen, daß „Nichtigkeit" im Sinne des bürgerlichen Rechts nicht als ein sich in allen Fällen gleichender Rechtsbegriff aufgefaßt werden kann; und wir werden in der Tat im Handelsgesetzbuch in der Nichtigkeit der Aktiengesellschaft eine Nichtigkeit kennen lernen, die von den beiden besprochenen Rechtsbegriffen erheblich abweicht, oder vielmehr einen Rechtstatbestand aufweist, der von den besprochenen verschieden ist.

Zur Zeit des alten H. G. B. herrschte großer Streit, wie eine Aktiengesellschaft zu behandeln sei, deren Statut den gesetzlichen Erfordernissen nicht entsprach[1]). Einesteils fand man die Auffassung, daß

---

[1]) Vgl. auch die grundlegenden Ausführungen K. Lehmanns in Jherings Jahrbüchern, Bd. 33, p. 389—447.

eine solche Gesellschaft in Ermangelung einer entgegengesetzten Gesetzesvorschrift vor dem Gesetz als nicht bestehend zu betrachten sei; andererseits machte sich in der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe nach den Angaben Düringers in der Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Bd. VI, p. 47, die Tendenz geltend, die ins Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaft unbedingt als rechtlich existent zu behandeln, so Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts Bd. VII, p. 243, Bd. XVI, p. 357; des Reichsgerichts Bd. V, p. 77. Nicht selten war der Fall, daß z. B. der Aktienzeichner seine Verbindlichkeit aus der Aktienzeichnung aus dem Grunde ablehnen zu können glaubte, weil das Grundkapital nicht durch rechtsgültige Zeichnung vollständig gedeckt war. Doch oft riskierte es der Kläger in die Kosten verurteilt zu werden. Dieser verwickelte Rechtszustand war die Folge davon, daß es an jeder gesetzlichen Regelung der Nichtigkeit der Aktiengesellschaft mangelte und von einer Nichtigkeitsklage nur in den Kommentaren die Rede war. (Staub, Kommentar zum alten H.G.B. p. 428). Es ist nun ein Verdienst des neuen H.G.B., die Frage der Nichtigkeit einer gesetzlichen Regelung unterworfen zu haben. Allein auch heute noch besteht Streit und Unklarheit über die Natur der noch nicht für nichtig erklärten oder gelöschten Aktiengesellschaft sowie die Wirkungen der Nichtigkeitserklärung.

I. Abschnitt.

Die materielle Rechtslage als Voraussetzung der Erhebung der Nichtigkeitsklage.

§ 2.

Die Gründe der Nichtigkeit der Aktiengesellschaft nach heutigem Recht.

Bevor wir die Rechtsnatur der nichtigen Aktiengesellschaft charakterisieren, haben wir festzustellen, wann eine solche besteht. H. G. B. § 309 bestimmt, daß jeder Gesellschafter und jedes Mitglied des Aufsichtsrats oder Vorstands im Wege der Klage beantragen kann, daß die Gesellschaft für nichtig erklärt werde, wenn der Gesellschaftsvertrag nicht die nach § 182[II] wesentlichen Bestimmungen enthält, oder eine dieser Bestimmungen nichtig ist. Die Aktiengesellschaft befindet sich also im Stadium der „Nichtigkeit“ [1]), wenn die Voraussetzungen der Klage gegeben sind, also kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift, wenn den Vorschriften des § 182[II] entgegengehandelt ist. Es herrscht nun Streit darüber, ob nur aus diesen oder auch aus anderen Gründen Nichtigkeit der Aktiengesellschaft vorliegen kann. Staub (in der 6. u. 7. Auflage seines Kommentars), Karl Lehmann (das

[1]) Vgl. hierüber Näheres p. 13, 14.

Recht der Aktiengesellschaften Bd. I, p. 424 ff.), Esser (die Aktiengesellschaft nach den Vorschriften des H. G. B. vom 10. Mai 1897, p. 234), Riesser (die Neuerungen im Aktienrecht, p. 121), Lent (Dissertation-Leipzig über die Nichtigkeit einer A.-G., p. 28), Lehmann-Ring (Kommentar, Nr. 2 zu § 309) Dernburg (Bd. I, § 84, 4 des bürgerlichen Rechts) u. a.[1]) gegen Makower, Cosack (Lehrbuch p. 570), Gierke (in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 45, p. 409, Pinner (Dtsch. Aktienrecht p. 15 ff. und 8. Aufl. des Staubschen Kommentars) verneinen letzteres. „Die hier nicht erwähnten Gründungsmängel", heißt es in der 6. und 7. Auflage von Staubs Kommentar, Anm. 2a zu § 309, „bewirken die Nichtigkeit nicht". Sowohl wenn die Anmeldung zum Handelsregister nur von einem Teil der Gründer oder allein vom Vorstand oder einem völlig Unbefugten ausgegangen ist, als auch wenn das Statut materiell ungültige Bestimmungen enthält, wie den Ausschluß, der Anfechtungsklage gegen Generalversammlungsbeschlüsse, lehnt Staub unbeschadet der Ungültigkeit solcher Bestimmungen die Nichtigkeit der Aktiengesellschaft ab. Gerade darin liege, argumentiert er, gemäß der Denkschrift zum H. G. B., p. 170 der Kern und Fortschritt der gesetzlichen Regelung, daß die frühere Unsicherheit in Betreff der Voraussetzungen der Nichtigkeit abgeschafft werden sollte. Überdies

---

[1]) Vergleiche ebenso Wulf in seiner Dissertation p. 20 ff.

verweist er auf den Zusammenhang mit §§ 142—144 des Reichsgesetzes betreffend die Angelegenheiten der „Freiwilligen Gerichtsbarkeit", wonach auch zur Löschung der Gesellschaft von Amtswegen nicht die allgemeinen Voraussetzungen genügen, daß die Erfordernisse der Eintragung nicht vorhanden sind, sondern ebenfalls die besonderen Mängel des § 309 i. V. mit § 182^{II} vorhanden sein müssen. Daß etwaige Mängel nach § 182^{I} nicht die Nichtigkeit herbeiführen können, leitet Staub besonders daraus her, daß § 309 lediglich § 182, Abs. II hervorhebt. Vgl. ebenso die Entscheidung des Oberlandesgerichts Jena in den Blättern für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt, 1903, p. 202, wo die Nichtigkeit wegen eines Mangels aus § 182^{I} nicht zugelassen wird; hiergegen Entscheidung des R. G., Bd. 54, p. 418. „Alle die anderen Mängel", fährt Staub fort, „sind durch die Eintragung geheilt; wenigstens nach der Richtung, daß sie die Rechtsbeständigkeit der Gesellschaft nicht in Frage stellen können." Makower nennt diese Ansicht Staubs in seinem Kommentar unhaltbar; er betont mit Recht, daß sie, streng durchgeführt, zu Widersprüchen mit anderen gesetzlichen Bestimmungen wie § 178 H. G. B. führen muß. Cosack, der auf demselben Boden steht, verweist in seinem Lehrbuch p. 570 auf das „muß" des § 182^{I} und will dadurch beweisen, daß das Fehlen einer der Voraussetzungen des § 182^{I} als Verstoß gegen eine Muß-Vorschrift Nichtigkeit zur Folge hat. Auf ähnlichem Standpunkt steht Pinner a. a. O., p. 320, der es für unmöglich hält, aus der Regelung des einen Falles im

Gesetz zu folgern, daß damit alle anderen Nichtigkeitsgründe beseitigt sein sollen, und mit Gierke in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 45, p. 409 annimmt, daß neben den gesetzlichen Bestimmungen die allgemeinen Grundsätze über Nichtigkeit bestehen bleiben. Auch die von Könige, Pinner, Strantz herausgegebene 8. Auflage des Staubschen Kommentars, die zu den Ansichten Staubs in diesem Punkt in Gegensatz tritt, nimmt neben denen der §§ 309/182[II] auf p. 1034 auch andere Nichtigkeitsgründe an[1]).

So sehr nun der Standpunkt Cosacks, Gierkes, Pinners und Makowers de lege ferenda vielleicht zu billigen wäre, daß nämlich nicht nur Verstöße gegen § 182[II] die Nichtigkeit zur Folge haben, so sehr ist er de lege lata abzuweisen. Die Fassung des § 309 zwingt Staub (in der 6. u. 7. Auflage) zu folgen.

[1]) In Anm. 3 zu § 309 der 8. Aufl. wird u. a. als Nichtigkeitsgrund der Verstoß gegen § 182[I] angeführt; da wohl nach Auffassung dieses Kommentars der ursprüngliche Gesellschaftsvertrag, nicht der durch Konstituierung (vgl. unten p. 10) zum Statut erhobene, in § 309 zu Grunde zu legen ist, so läge es nicht allzu fern, die Mängel aus § 182[I] nicht zu den außerhalb des § 309 stehenden zu zählen, sondern vielmehr zu denen des § 309 zu rechnen, da doch durch einen Formmangel nach B. G. B. § 125 i. V. mit § 182[I] H. G. B. Nichtigkeit des ganzen Vertrages, also auch der einzelnen Bestimmungen gemäß § 309 angenommen werden könnte. Allein, hiergegen spricht die ausdrückliche Nichterwähnung des § 182 Abs. I. Vgl. auch Wulf p. 3, der auch die Nichtigkeit einer einzelnen Bestimmung auf Grund des § 182[I] nicht anerkennt.

Oder sollten wir gar außer der Nichtigkeit, die die §§ 309–311 regeln, eine aus anderen Gründen eintretende Nichtigkeit zugeben, die sich zur ersteren verhält wie die Nichtigkeit der Nicht-Ehe, des matrimonium non existens, zu der der nichtigen Ehe, des matrimonium nullum?

Eine dem Geist des Gesetzes entsprechende Auslegung ergibt, daß gerade zum Schutz Dritter und mit Rücksicht auf die Verkehrssicherheit eine Rechtslage, wie die „Nicht-Aktiengesellschaft" (cf. Nicht-Ehe) sie darstellen würde, vermieden sein soll. Wie wäre es im übrigen zu rechtfertigen, daß bei Mängeln nach § 182 II der Dritte günstiger gestellt sein sollte, als wenn Mängel aus § 178 oder § 182 I H. G. B. vorliegen, die doch der Dritte ebensowenig kennen kann?

Wir schließen uns Staub an und beschränken die Zahl der Nichtigkeitsgründe auf das Fehlen der Bestimmungen des § 182 II im Gesellschaftsvertrage bezw. ihre Nichtigkeit.

Simonis weist nun u. E. nicht mit Unrecht in seiner Dissertation, p. 8 ff., darauf hin, daß es sich in § 309 um den durch die Konstituierung der Aktiengesellschaft zum Statut gewordenen Gesellschaftsvertrag handelt, da für die bestehende Gesellschaft der Gesellschaftsvertrag in der Form maßgebend ist, in der er sich zur Zeit der Errichtung, d. h. bei der Sukzessiv-Gründung zur Zeit der konstituierenden Generalversammlung, bei der Simultan-Gründung zur Zeit des Abschlusses der Aktien-Übernahme-Verhandlung dar-

stellt. So kommen wir auch bezüglich des Einflusses von Formmängeln zu anderen Resultaten als die Entscheidung R. G., Bd. 54, p. 421 schon aus dem Grunde, weil letztere lediglich auf den ursprünglichen Vertrag, nicht wie wir auf das Statut (s. oben), abstellt.

Wenn wir so das Statut als maßgebend dafür anerkannt haben, ob eine Bestimmung fehlt, resp. nichtig ist, wollen wir mit kurzen Worten auf das „Fehlen" bezw. „Nichtig-sein" der Bestimmungen eingehen. Wann eine Bestimmung fehlt, bedarf eigentlich hier nicht der Erörterung; allein, es findet sich zwischen Simonis und Wulf insofern ein scheinbarer Gegensatz, als ersterer im Falle der Sukzessiv-Gründung bei Ausfall der Errichtungsverhandlung Nicht-Vorhandensein des „Statuts" und somit Fehlen aller „betreffenden" Bestimmungen annimmt (vergl. p. 10), während Wulf (vergl. p. 2) diese Ansicht „zurückweist" und sagt: „Es fehlen dann im Statut nicht die wesentlichen Bestimmungen, sondern es fehlt eben das ganze Statut." Was eigentlich der Gegenstand ihrer Meinungsverschiedenheit ist, erhellt zunächst nicht klar, da doch das Fehlen des Statuts auch das Fehlen der einzelnen Bestimmungen bedingt; allein es liegt nicht fern, aus den Ausführungen Wulfs herauszulesen, daß er im Gegensatz zu Simonis und der von uns vertretenen Ansicht das Nicht-Vorhandensein eines Statuts, d. h. des durch die Konstituierung zum Statut erhobenen (im übrigen bestehenden) Gesellschaftsvertrags, nicht als Grund für die Nichtigkeit der Gesellschaft ansieht,

wenn nur der Gründer-Gesellschaftsvertrag die gestellten Bedingungen erfüllt[1]).

Was die Nichtigkeit einer Bestimmung anbelangt, so wollen wir, um nicht zu weit abzuschweifen, nur kurz auf einige Möglichkeiten hinweisen, in denen sich eine einzelne Bestimmung des § 182[II] als nichtig darstellt (vgl. Simonis, p. 10 ff., Wulf, p. 2 ff.).

Nichtigkeit einer einzelnen Bestimmung liegt vor bei Verstoß gegen B. G. B. § 138, gegen § 134 und in Fällen der Anwendbarkeit des § 139[2]); ferner, neben den genannten Fällen, wo die Nichtigkeit auf dem Inhalt des Geschäfts beruhte, kann wohl mit Simonis p. 13 u. 14 (gemäß B. G. B. § 125) bei einem Formmangel des Zeichnungserrichtungsbeschlusses, z. B. beim Fehlen der genügenden Mehrheit hinsichtlich Stimmzahl oder Aktienbetrag, und hinzutretender Anfechtung des Beschlusses nach H. G. B. §§ 271/273 Nichtigkeit der nach § 309 i. V. m. § 182, Abs. II maßgebenden Bestimmungen angenommen werden, da ja das ganze Statut nichtig ist; eine Auffassung, die natürlich auf der Annahme fußt, daß der durch die Konstituierung zum Statut erhobene Gesell-

[1]) Oder sollte Wulf zwar wohl auf das „Statut" abstellen, das Fehlen des „ganzen" Statuts aber nicht als Nichtigkeitsgrund im Sinne des § 309 ansehen?

[2]) Die Statuierung „sekundärer" Nichtigkeit sämtlicher nach § 309 wesentlichen Bestimmungen bei Nichtigkeit einer derselben ermangelt der gesetzlichen Grundlage, (vgl. Simonis p. 12); anders natürlich, wenn B. G. B. § 139 anwendbar ist.

schaftsvertrag dem § 309 zu Grunde zu legen ist. — Endlich kann sich unter gewissen Umständen beim Vorliegen von Willensmängeln eine Nichtigkeit einzelner Bestimmungen ergeben. Wulf, p. 4, stellt auf den Gründer-Vertrag ab und mißt dem Willensmangel einen wesentlichen Einfluß nur bei, wenn er bei der Mehrheit der Gründer vorliegt und die Anfechtung gemäß § 143 B. G. B. erfolgt ist; nach Simonis dagegen, dem wir in diesem Punkte folgen, heilen Willensmängel des Gründervertrages infolge einer mangelfreien Konstituierung; er erachtet Willensmängel dann für wesentlich, wenn bei der Konstituierung „von den Einzelerklärungen, aus denen sich die Willenserklärung der Gesamtheit zusammensetzt", so viele unter solchen Willensmängeln leiden, daß der mangelfreie Rest zu einer gesetz- oder statutenmäßigen Gesamtheitserklärung dieses Inhalts nicht ausreicht (vgl. Simonis p. 14).

Im folgenden sei als Abschluß dieser Erörterung eine Übersicht über die wichtigsten Fälle der Nichtigkeit der Aktiengesellschaft, wie sie sich aus § 309 und 182[II] ergeben, gewährt (vergl. Staubs Kommentar, 8. Auflage, p. 1035):

Die Gesellschaft ist „nichtig" wenn

a) die Firma oder der Sitz der Gesellschaft nicht bestimmt ist, oder wenn eine nach den Vorschriften über die Firma unzulässige Firma oder eine unzulässige Sitzbestimmung getroffen ist;

b) wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht oder nicht dem Gesetz entsprechend bestimmt ist;

c) wenn die Höhe des Grundkapitals oder der einzelnen Aktien nicht oder nicht in der dem Gesetz entsprechenden Weise bestimmt ist;

d) wenn die Art der Bestellung und Zusammensetzung des Vorstands nicht oder nicht in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise bestimmt ist;

e) wenn die Form, in der die Berufung der Generalversammlung geschieht, nicht oder nicht in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise bestimmt ist;

f) wenn die Form, in der die gesellschaftlichen Publikationen erfolgen, nicht oder nicht in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise bestimmt ist.

§ 3.

Die Rechtsnatur der „nichtigen" Aktiengesellschaft.

Wenn wir nunmehr die Beschaffenheit einer Aktiengesellschaft betrachten, die einen der genannten Mängel aufweist, so kommen wir zunächst auf Grund von § 311[II] zu dem Schluß, daß die Gesellschaft nach außen, d. h. Dritten gegenüber so funktioniert, als wäre kein Mangel vorhanden. § 311[II] bezieht sich jedenfalls auf die Rechtsgeschäfte, die nach Eintragung der Gesellschaft geschlossen werden. Nun könnte es aber zweifelhaft sein, ob die Vorschrift, daß die Wirksamkeit der im Namen der Gesellschaft mit Dritten vorgenommenen Rechtsgeschäfte durch die Nichtigkeit nicht berührt werde, bestimmen will:

Die abgeschlossenen Geschäfte werden durch die Nichtigkeit, die sich etwa als ex tunc wirkende Folge eines konstitutiven Rechtsaktes ergibt, nicht berührt;

oder ob sie bestimmen will:

Die Geschäfte werden durch die Nichtigkeit, die der gegenwärtige Rechtszustand ist, nicht berührt. —

Die Entscheidung dieser Frage ist aus später erhellenden Gründen für uns wesentlich, und wir entscheiden uns für die letztere Bedeutung, weil „Nichtigkeit" im Sprachgebrauch des bürgerlichen Rechts sich stets auf die Wirkungen des Geschäfts bezw. Rechtszustands von vorneherein bezieht, gleichgültig, ob sie wie bei Rechtsgeschäften sofort oder wie bei der Ehe nicht sofort geltend gemacht werden kann. Daß sich der terminus „Nichtigkeit" bei Rechtsgeschäften auf die Wirkungen des Geschäfts von vorneherein bezieht, unterliegt keinem Bedenken; bezüglich der „Nichtigkeit" der Ehe ist aus der Fassung der §§ 1324 ff., 1344 B. G. B. zu folgern, daß damit die rechtliche Natur der Ehe von vorneherein, d. h. vor der Nichtigkeitserklärung bezeichnet ist[1]). Auch Makower (Kommentar p. 754) trägt bezüglich der Auslegung des Abs. II des § 311 Bedenken; allein sie sind etwas anderer Natur als die unsrigen; er zweifelt, ob Abs. II nur bestimmen will, wie nach der Nichtigkeitserklärung bezw. Eintragung der Nichtigkeit die früher vorgenommenen Geschäfte wirken, oder ob er bestimmen will, wie die letzteren

---

[1]) Gegen unsere Auffassung spricht nicht B. G. B. § 1343, dessen „Nichtigkeit" zwar nur die ex tunc wirkende Folge des konstitutiven Urteils ist, der aber auch nicht von der „nichtigen", sondern von der nur „anfechtbaren" Ehe handelt.

wirken, ohne Rücksicht darauf, ob eine Nichtigkeitserklärung bezw. Eintragung der Nichtigkeit folgt. Makower glaubt für den Fall, daß § 311 II die erstere Bedeutung hat, die Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte vor der Nichtigkeitserklärung bezw. Eintragung aus § 32 des Gesetzes über Angelegenheiten der Freiw. Gerichtsbarkeit herleiten zu müssen, während wir die Wirksamkeit auch vor der Nichtigkeitserklärung jedenfalls aus § 311 II folgern, und für uns überhaupt nur in Frage stand, welches das Moment ist, das die Geschäfte „unberührt" läßt.

Die Aktiengesellschaft kann sich also durch ihren Vorstand verpflichten und berechtigen, und weder sie noch der Dritte kann einen Einwand auf die Nichtigkeit stützen. Und zwar brauchen wir uns nicht zu scheuen, dem Vorstand ein Vertretungsrecht, nicht nur eine Vertretungsmacht zuzusprechen, da er keineswegs den Gesellschaftern im Innenverhältnis für die eingegangenen Verpflichtungen haften muß, wie der es tut, der, obschon in Kenntnis gesetzt von dem Erlöschen oder Nicht-Bestehen seines Vertretungs-Rechts, dennoch seine ihm nichtsdestoweniger unter Umständen zustehende Vertretungsmacht ausnutzt. Vergl. B. G. B. §§ 170/171. Wenn Pinner (Aktienrecht, § 323) behauptet, durch § 311 II wäre das allgemeine Prinzip des § 15 H. G. B. anerkannt, so ist dagegen einzuwenden, daß § 15 ausschließlich Wirkungen zum Schutz Gutgläubiger statuiert, während § 311 II die uneingeschränkte Wirksamkeit der Gesellschaft im Rechtsverkehr bestimmt. Wie lange die Gesellschaft die

Fähigkeit hat, ob bis zur Rechtskraft der Nichtigkeitserklärung oder der Eintragung der Nichtigkeit, wird unsere Aufgabe sein, später zu erörtern.

Nicht regelt das Gesetz den Fall, daß die nichtige Aktiengesellschaft durch ihren Vorstand klagt; und es fragt sich, ob das Prozeßgericht insofern Schwierigkeiten machen könnte, als es auf Grund der ungerechtfertigten und in der Tat nur auf ein Versehen des prüfenden Registergerichts hin erfolgten Eintragung der Aktiengesellschaft etwa die Parteifähigkeit der Gesellschaft in Abrede stellen könnte, ob also das Versehen des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit und seine Verletzung der materiellen Gesetzesvorschriften vom Prozeßrichter berücksichtigt werden kann. In der Zeitschrift für Civilprozeß Bd. 30, p. 98 spricht Dr. Josef von der wechselseitigen Einwirkung von Entscheidungen der freiwilligen und streitigen Gerichtsbarkeit aufeinander: „Es ist die Bedeutung der Frage nach dem Prüfungsrecht des Prozeßgerichts sowohl auf dem Gebiet der Vormundschaft als auch für alle sonstigen Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit durch § 32 des Gesetzes betreffend d. Angelegenht. der Freiw. Gerichtsbarkeit erledigt. Die Frage aber, ob bis zur Aufhebung der Verfügung diese auch in allen sonstigen Beziehungen vom Prozeß-, Straf-, Konkursgericht als unbedingt wirksam zu behandeln ist, oder ob anderen Gerichten die Prüfung der Rechtswirksamkeit der Verfügung zusteht, und diese eventuell als nichtig zu behandeln ist, wenn das Gericht der freiw. Gerichtsbarkeit bei Erlaß der Verfügung Vorschriften des

materiellen Rechts verletzt hat, ist vom Gesetz nicht entschieden".

Es handelt sich also darum, ob das Prozeßgericht, das doch den Mangel z. B. der gesetzlichen Vertretung wie der Parteifähigkeit von Amtswegen zu berücksichtigen hat, den Kläger, der durch ungerechtfertigte Verfügung die gesetzliche Vertretung erhalten hat, als gesetzlichen Vertreter behandeln muß. Dr. Josef nennt nun die Regelung des § 32 die Schlußfolgerung aus einer vom Gesetz für richtig gehaltenen und dem § 32 zu Grunde liegenden Rechtsansicht, die dahin geht, daß eine Verfügung der freiwilligen Gerichtsbarkeit jeden Inhalts, die auf Grund unrichtiger Voraussetzungen ergeht, allgemein als vollwirksam gilt, bis sie nach den Vorschriften des Gesetzes der Freiw. Gerichtsbarkeit aufgehoben ist. Josef lehnt die Anwendung dieses Prinzips ausdrücklich für Eintragungen ins Handelsregister ab, indem er sagt: „Es steht fest, daß die Eintragungen konstitutive Wirkung nicht haben; die über die Zulässigkeit der Eintragung erfolgte Prüfung des Registergerichts steht einer abweichenden Entscheidung des Prozeßgerichts nicht entgegen." Josef konstatiert hier also Nicht-Bindung nur wegen Mangels der konstitutiven Wirkung.

Nun hat aber zweifellos gemäß H. G. B. § 200 die Eintragung der Aktiengesellschaft konstitutive Wirkung. Wenn dort bestimmt ist, „vor der Eintragung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft besteht die Aktiengesellschaft als solche nicht", ist daraus zu folgern, daß sie durch sie entsteht. Trotzdem aber

wäre die Argumentation Josefs für uns nicht anwendbar, da zwischen einer Verfügung im Sinne des § 32, durch die z. B. jemand Vormund wird, und der Eintragung ein großer Unterschied besteht. Erstere ist ein selbständiger Akt, der als solcher durch eigene Kraft konstitutiv wirkt. Der Eintragung dagegen gehen andere Rechtsvorgänge voraus, um ihr die volle Wirkung zu verleihen; keine Aktien-Gesellschaft entsteht, wie wir unten feststellen werden, vollgültig (auch nach innen hin) durch Eintragung ohne vorherige Schließung des Gesellschaftsvertrags. Die Eintragung ergänzt in ihrer „vollen" konstitutiven Wirkung nur einen ihr vorhergehenden konstitutiven Rechtsakt, ist also schon darum nicht den Verfügungen der in § 32 und von Josef behandelten Art gleichzustellen.

Wenn also auf dem Wege, den Josef für andere Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit geht, nichts dafür zu beweisen ist, daß das Prozeßgericht eine Wirkung der ungerechtfertigten Eintragung, also die Parteifähigkeit der Gesellschaft nicht ablehnen kann, so geht dies doch sicherlich daraus hervor, daß das Gesetz der nichtigen Aktiengesellschaft für den rechtsgeschäftlichen Verkehr und daraus sich entwickelnde Rechte und Pflichten unbedingt Rechtspersönlichkeit zuerkennt; wenn es ihr außerprozessualisch gestattet als Rechtsperson in Beziehung zu Dritten zu treten, billigt es der Gesellschaft ebenso zu, auf prozessualem Gebiet mit Dritten als parteifähiges Rechtsgebilde in Beziehung zu treten. Das erscheint zweifellos als ratio legis und unbedingte Folge aus § 311 II.

Eine genau analoge Erwägung muß uns auch leiten, wenn wir die Frage aufwerfen, ob die nichtige Gesellschaft für Delikte des Vorstands haftet; daß die vollgültige Aktiengesellschaft gemäß B. G. B. § 31 für Delikte ihrer Organe haftet, die in Ausführung der ihnen zustehenden Verrichtungen begangen sind, bestätigt die herrschende Meinung; vgl. auch Cosack, Lehrbuch p. 575; Giercke, die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung (1887), p. 743 und Entscheidung des R. G. Bd. 19, p. 348. — Wie darf nun, so können wir folgern, bei Schließung von Verträgen, d. h. bei Rechtshandlungen des Vorstands, die die nichtige Gesellschaft mit Willen des Dritten in wirksame Rechtsbeziehung zu ihm setzen, die Rechtspersönlichkeit der Aktiengesellschaft zu des Dritten Gunsten bejaht werden, während sie bei Delikten, d. h. schädigenden Handlungen des Vorstands, durch die dieser wider Willen des Dritten ihn resp. seine Rechtssphäre verletzt, und die unter normalen Umständen jedenfalls eine Verpflichtung der Gesellschaft erzeugen, zu Ungunsten des Dritten verneint werden sollte?

Die ratio legis zwingt, die Bestimmung des § 311 II analog auf unerlaubte Handlungen des Vorstands auszudehnen, und die nichtige Gesellschaft auch in dieser Beziehung als vollgültig anzusehen. Die Literatur ist bezl. dieses Punktes wenig ergiebig; vgl. nur Simonis p. 37.

Wie gestaltet sich nun die nichtige Aktiengesellschaft im Innenverhältnis ihrer Aktionäre?

Sehen wir vorerst von der Sonderbestimmung des § 311 III ab und fassen § 311 II ins Auge! Da § 311 II ausdrücklich hervorhebt, die mit Dritten geschlossenen Geschäfte würden durch die Nichtigkeit nicht berührt, und unter „Nichtigkeit" (siehe p. 14) der Rechtszustand der Gesellschaft unmittelbar nach ihrer Eintragung ins Register gemeint sein muß, so scheint per argumentum e contrario der Schluß zulässig, daß im übrigen die Nichtigkeit wohl geltend gemacht werden könne [1]). Im B. G. B. § 1329 ist ausdrücklich bestimmt, daß die Nichtigkeit vor der Nichtigkeitserklärung (bezw. Auflösung der Ehe) nicht — außer durch Erhebung der Nichtigkeitsklage — geltend gemacht werden kann; in § 311 II wird eine solche Bestimmung nur für ein beschränktes Gebiet getroffen, so daß also die Aktionäre berechtigt sind, — vorerst abgesehen von § 311 III — im Innenverhältnis die Nichtigkeit einredeweise geltend zu machen und eine Betätigung der Organe — von Heilungsbeschlüssen gemäß § 310 abgesehen — nach innen hin zu ignorieren. Zu demselben Resultat kommen Staub (6. Auflage), Anm. 3 a zu § 309; Makower, p. 755, Kisch, Langheineken u. a.

Zweifelhaft ist die Auffassung Hellwigs und Cosacks, da sie ohne Einschränkung von dem Be-

[1]) Hiermit treten wir in Gegensatz zu Simonis, der p. 27 behauptet, das Gesetz sage nirgends, die Gesellschaft sei nichtig, und demnach die Möglichkeit, sich auf die Nichtigkeit zu stützen, ganz ablehnt. Seinen Standpunkt verteidigt ähnlich Wulf p. 33 ff.

stehen der Gesellschaft sprechen; (vergl. die Zitate unten); ebenso Düringer in der Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Bd. VI, p. 47 ff.

Zu Bedenken Anlaß gibt nun aber die Vorschrift des § 311 Abs. III. Während Abs. I an die Eintragung, Abs. II an die „Nichtigkeit" anknüpft, ist es für Abs. III fraglich, wann die in ihm angeordnete Verpflichtung eintritt. Staub, Makower, Pinner, ebenso Simonis p. 36 37 knüpfen sie an die Eintragung der Nichtigkeit und behandeln sie als reine Liquidationsvorschrift; sie ziehen die Möglichkeit, daß die Verpflichtung schon vorher vorliege, garnicht in Betracht. Makower schwankt nur, ob er § 311 III an die Rechtskraft des Urteils oder die Eintragung der Nichtigkeit knüpfen soll.

Unseres Erachtens spricht dagegen kein wesentlicher Grund, selbst nicht der Text des § 311, dafür, den Abs. III als bloße Liquidationsvorschrift anzusehen; vielmehr führen uns folgende Erwägungen zum entgegengesetzten Resultat: Einmal — allein, dies könnte nicht ausschlaggebend sein — knüpft Abs. II an die Nichtigkeit, nicht wie Abs. I an die Eintragung derselben, an, und es besteht inhaltlich ein engerer Zusammenhang zwischen Abs. II und Abs. III, so daß man annehmen kann, Abs. III knüpfe ebenso wie Abs. II an die bloße, schon vor der Eintragung vorhandene, Nichtigkeit an. Ferner aber wäre nicht einzusehen, warum unter Umständen die Gültigkeit der vor der Nichtigkeitserklärung mit Dritten geschlossenen Geschäfte (resp. die Haftung der Gesellschaft aus sonst entstandenen Verbindlichkeiten) dadurch bis zur Liquidation

illusorisch gemacht werden sollte, daß die Aktionäre einfach bis dahin von der Leistung der Einlagen entbunden sind, und die nichtige Gesellschaft so die gültigen Verbindlichkeiten nicht erfüllen kann! Es entspricht vielmehr der Bestimmung des Abs. II eher, daß die Aktionäre auch schon vor der Liquidation die versprochenen Einlagen soweit zahlen müssen, als die Befriedigung der Gläubiger es erfordert.

Wir nehmen so eine Mittelstellung ein zwischen Staub in der 6. u. 7. Auflage, Makower, Pinner u. a., die den Aktionären im Innenverhältnis die unbeschränkte Geltendmachung der Nichtigkeit gestatten, und Simonis, der in seiner Dissertation p. 30 in Übereinstimmung mit Wulf p. 35 unsere „nichtige" Aktiengesellschaft bis zur Nichtigkeitserklärung gleich einer vollgültigen behandelt wissen will.

Einen ähnlichen Standpunkt wie der von uns vertretene scheint Litthauer in der Guttentagschen Ausgabe des H. G. B. einzunehmen, wenn er in der Anmerkung zu § 309 zwar sagt: „Die Gesellschafter können auch ohne Klage die Nichtigkeit geltend machen, wenn sie auf Leistung der Einlage in Anspruch genommen werden", dann aber auf § 311 III verweist und so gleichsam eine Ausnahme von dem den Aktionären sonst zustehenden Einwand der Nichtigkeit statuiert.

Einen ähnlichen Standpunkt wie wir dürfte wohl auch K. Lehmann in „Das Recht der Aktiengesellschaft", Bd. I, p. 433 ff. vertreten; denn auch er statuiert die Verpflichtung der Aktionäre, die zur Er-

füllung der Verbindlichkeiten erforderlichen Einlagen zu machen, nicht erst wie Staub, Makower .... als Folge der Eintragung der Nichtigkeit, stellt vielmehr die Rechtslage derart dar, daß er zuerst von der Unberührtheit der mit Dritten geschlossenen Rechtsgeschäfte, dann von der eben genannten Verpflichtung aus § 311 III spricht, und zuletzt endlich das Erfordernis der Eintragung der Nichtigkeit anführt, so daß er wohl letzteres nicht als Bedingung jener Verpflichtung der Aktionäre aus § 311 III ansieht.

Ebenso vergl. neuerdings Staubs Kommentar, 8. Auflage, p. 1036, wo bei Darlegung der Rechtsfolgen der Nichtigkeit gesagt ist: „Nur in einem Punkt können sich die Aktionäre auf die Nichtigkeit nicht berufen, wenn sie nämlich auf Leistung der zur Erfüllung der eingegangenen Verbindlichkeiten nötigen Einzahlungen belangt werden."

Wenn wir so die wesentlichen Merkmale der Nichtigkeit und die Gesellschaft in ihrer Wirkung nach außen und innen betrachtet haben, können wir an die Frage herantreten, wie der Rechtszustand zu charakterisieren sei. Die Denkschrift zum H. G. B., p. 171, 172 erklärt, es sei nicht etwa anzunehmen, daß die Gesellschaft bis zur Eintragung des Urteils zu Recht bestände; das schließe aber nicht aus, daß der Gesellschaft insoweit, als es sich um Abwickelung ihrer Verhältnisse handle, demnach eine gewisse Rechtsbeständigkeit beigelegt werde. Mit Recht betont Staub, daß damit keine juristische Konstruktion gegeben sei. Staub (8. Auflage, p. 1036) konstruiert

so: „Wenn die Gesellschaft auch nicht zu Recht besteht, so besteht sie doch; sie ist als Aktiengesellschaft entstanden, aber zu Unrecht. Daß sie als Aktiengesellschaft entstanden ist, hat zur Folge, daß sie sich nach außen als solche betätigen kann.“ Daß sie als Aktiengesellschaft entstanden sei, bewirke ferner, daß sie Organe habe; die Organe könnten sich nach außen betätigen, und während sich der Dritte ihr Zu-Unrecht-Bestehen nicht entgegenzuhalten lassen brauche, mache sich das doch nach innen geltend. Die Aktionäre könnten ihre Funktionen nach innen als nihil actum betrachten. Staub vergleicht passend die Nichtigkeit der Gesellschaft mit einem Zustand, wo ein Mechanismus besteht, aber nicht gehörig funktionieren kann.

Wenn Simonis diese Ausführungen Staubs berücksichtigt hätte, würde er nicht die Auffassung Staubs und seiner Anhänger von der Wirksamkeit der Gesellschaft nach außen und der Hemmung ihrer Funktionen nach innen so einfach verworfen haben, wie er es p. 28 tut; denn wohl wäre zwar die „Geltung“ der Gesellschaft nach außen mit ihrem „Nicht-Sein“ nach innen unvereinbar, nicht aber die Wirksamkeit ihrer Funktionen nach außen mit der „Gehemmtheit“ derselben nach innen hin.

Cosack, Lehrbuch p. 615, sagt: „Die Gesellschaft besteht „zu Recht“; wie Hellwig ihn offenbar richtig versteht, meint er hiermit nicht das Gegenteil von „zu Unrecht“, wie Staub ihn versteht, sondern „rechtswirksam“. Wenn auch Cosack von einer Beschränkung der Wirkungen nach innen nicht spricht,

so stimmen doch Cosack und Staub darin überein, daß sie das Bestehen eines Rechtsgebildes mit Rechtspersönlichkeit annehmen, das jedenfalls die Funktionen der Aktiengesellschaft, wenn auch nach der von uns geteilten Ansicht Staubs nur in beschränktem Maß, hat.

Ebenso spricht Hellwig, Anspruch und Klagrecht p. 463, von einem Bestehen der Gesellschaft und steht somit auf gleichem Standpunkt, wenn er auch wie Cosack von einer Beschränkung der Funktionen nach innen nicht spricht. Für die Annahme einer regelrechten „Aktiengesellschaft mit beschränkten Funktionen" spricht auch § 310, der unter bestimmten Voraussetzungen dem Organ der Generalversammlung sogar nach innen hin die rechtswirksame Funktion der Heilung zuerkennt.

Im ungefähren Einklang mit der Auffassung Staubs, Cosacks, Hellwigs stehen wohl auch die Ausführungen K. Lehmanns, a. a. O., p. 431 ff.; er sagt, daß nach erfolgter Feststellung der Nichtigkeit das Schicksal der angehäuften Vermögenswerte nicht dem Zufall überlassen werden könne, und erklärt sich aus diesen und anderen allgemeineren Erwägungen, — was das Innenverhältnis anbelangt — für Annahme einer in Wahrheit nichtigen Aktiengesellschaft als einer Interessen-Gemeinschaft. Auf p. 434 führt er weiter aus, daß das neue H. G. B. die vorher nicht geregelte Frage im gleichen Sinn wie die Jurisprudenz in Nord-Amerika entschieden habe und legt der nichtigen Aktiengesellschaft somit — was das Außenverhältnis anbelangt — nach dem geltenden Recht das Wesen

einer nach außen tatsächlich wirksam fungierenden de-facto-Korporation bei.

Anderer Auffassung sind Makower, Kisch, Langheineken. Wenn Makower sagt, die Aktiengesellschaft bestehe nur dem Scheine nach, so bekennt er sich zu denen, die das Vorhandensein einer Aktiengesellschaft und überhaupt eines ihr ähnlichen Rechtsgebildes trotz Vorhandenseins positiver Funktionen leugnen. Auch Kisch, Beiträge zur Urteilslehre, p. 39, stellt sich auf den Standpunkt, daß die „nichtige" Gesellschaft ein „rein tatsächliches Gebilde" sei, dem die rechtliche Anerkennung ebenso versagt ist, wie etwa einem Vertrag, der sich zwar äußerlich als rechtsbeständig darstellt, aber aus irgend einem Grunde nichtig ist. Er deutet also die Nichtigkeit der Aktiengesellschaft prinzipiell gleich der Nichtigkeit, die wir in der Einleitung bei gewöhnlichen Rechtsgeschäften kennen gelernt haben. Kisch leitet seine Annahme daraus her, daß von vorneherein „sowohl die Mitglieder als auch Dritte sich jederzeit auf die Nichtigkeit berufen können." Und zwar sagt er im Anfang seiner Ausführungen p. 39: „Auch die Dritten können die verbindliche Kraft der im Namen des Vereins mit ihnen abgeschlossenen Geschäfte ablehnen." Scheinbar sich selbst widersprechend fährt er S. 40 fort: „Die geschilderte Sachlage wird nun freilich durch zwei Umstände etwas verschleiert. Einmal wird die Wirksamkeit der im Namen des Vereins mit Dritten vorgenommenen Rechtsgeschäfte durch die Nichtigkeit nicht berührt, und es müssen die Gesellschafter etc. etc."

Aus diesem offenbaren Widerspruch geht hervor, daß Kisch der Meinung sein muß, vor dem Urteil oder der Eintragung der Nichtigkeit sei von einer Wirksamkeit der Geschäfte keine Rede, und nur nach dem Urteil bezw. der Eintragung würden sie als wirksam behandelt, eine Auffassung, die wir (ebenso Staub, Cosack u. a.) nicht teilen konnten. (Vergl. oben.) Jedenfalls geht aus dem Zusammenhang hervor, daß er in der Vorschrift des § 311 II eine Bestimmung erblickt, die seiner Auffassung der Nichtigkeit nicht voll entspricht; er vergleicht sie mit sonstigen Vorschriften unserer Gesetze, durch welche Dritte, namentlich Gutgläubige, gegen die Folgen der Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts geschützt werden. Er lehnt ausdrücklich ab, daß die Gläubiger ihre Ansprüche darum behalten, weil eine Aktiengesellschaft, wenn auch nur mit beschränkter Wirkung, entstanden sei; seines Erachtens stehen die Wirkungen aus § 311 II etwa der Verpflichtung zum Ersatz des negativen Vertragsinteresses bei nichtigen Geschäften gleich, wobei er übersieht, daß diese nicht eine Wirkung des Geschäfts als solchen ist, sondern nur eine Entschädigung, die sich auf das Vertrauen eines Gutgläubigen stützt, während ja gerade die sich bei Nichtigkeit der Aktiengesellschaft gemäß § 311 II ergebenden Folgen genau mit den Wirkungen einer nicht nichtigen Aktiengesellschaft sich decken. — Wenn Kisch auch nicht den Ausdruck gebraucht, faßt er doch wie Langheineken, Urteilsanspruch, p. 157, die Bestimmungen des § 311 als Sonderbestimmungen auf, die nicht hindern,

das Bestehen einer Aktiengesellschaft und überhaupt eines gesellschaftsähnlichen Rechtsgebildes zu leugnen.

Langheineken hält die Wirkungen aus § 311 II und III nicht für „Vertragswirkungen", hält also scheinbar einen Vertrag zwischen der nichtigen Gesellschaft und Dritten für unmöglich, stellt demnach jedenfalls wie Kisch das Bestehen einer Rechtspersönlichkeit in Abrede.

Den Anschauungen Makowers, Kischs, Langheinekens entgegen, halten wir mit Cosack, Hellwig, Staub, Lehmann daran fest, daß die „nichtige" Gesellschaft den Bestimmungen des § 311 zufolge jedenfalls ein positiv rechtswirksames, mit Rechtspersönlichkeit [1]) ausgestattetes, Rechtsgebilde ist, das in seinen Funktionen nach außen hin der normalen Aktiengesellschaft gleichsteht [2]), dagegen in seinen Funktionen nach innen hin — abgesehen von § 310 und § 311 III, dessen Bestimmung wir oben mit Staubs Kommentar 8. Aufl., K. Lehmann u. a. auch auf die Zeit vor Beginn der Liquidation bezogen — gehemmt ist.

[1]) Anders Lent, der in seiner Dissertation p. 48 ff. nicht der nichtigen Aktiengesellschaft als solcher Rechtspersönlichkeit zuspricht, vielmehr nur von einer nach außen hin geschlossen auftretenden Gemeinschaft der Pseudo-Aktionäre spricht.

[2]) Nicht recht klar sind R. Goldschmits Ausführungen in seiner Arbeit: „Die Nichtigkeit einer Aktiengesellschaft" bei Holdheim, Bd. IX, p. 158 ff., 178 ff., da er einerseits die Nichtigkeitsklage des § 309 eine Auflösungsklage nennt und damit ein Rechtsgebilde als positiv bestehend anerkennt, andererseits doch nur von einer „fictione" vorhandenen Gesellschaft spricht.

II. Abschnitt.

Die Klage auf Nichtigkeitserklärung.

Wenn die Rechtslage eine derartige ist, wie wir sie in § 3 darzulegen versucht haben, kann nach § 309 H. G. B. jeder Gesellschafter und jedes Mitglied des Vorstands und des Aufsichtsrats im Wege der Klage beantragen, daß die Gesellschaft für nichtig erklärt werde. Gemäß §§ 272, 273 muß die Klage gegen die Gesellschaft, die durch den Vorstand, und wenn dieser klagt, durch den Aufsichtsrat zu vertreten ist, gerichtet sein. Ausschließlich zuständig ist das Landgericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat[1]).

§ 4.

Besonderheiten der Rechtsgestaltungsklagen im allgemeinen.

Bevor wir näher auf Besprechung der Klage aus § 309 eingehen, wollen wir einiges über das Wesen und die Voraussetzungen der sogen. Rechtsgestaltungs-

[1]) Auf die Schadensersatz- resp. Straffolgen, die die unrechtmäßige oder chikanöse Klageerhebung haben kann, einzugehen, ist nicht Aufgabe dieser Arbeit. (Vergl. Simonis, p. 21 ff.) Ebenso gehen wir über die von Simonis (p. 23) besprochenen Vorschriften der §§ 272 ff. hinweg.

klagen, d. h. der Klagen voranschicken, die ein konstitutives Urteil erwirken.

Der Unterschied zwischen deklaratorischen und konstitutiven Urteilen ist heute anerkannt; (eine Sonderstellung nimmt nur Kohler ein). In vielen Fällen herrscht zwar Streit, ob dieses oder jenes vorliege, aber man spricht im gegebenen Fall einer gerichtlichen Entscheidung überwiegend die Fähigkeit zu, selbst rechtsgestaltend zu wirken, sei es, daß bestehende Rechtsverhältnisse aufgehoben, abgeändert oder ganz neu begründet werden. Wie [1]) die Bezeichnung „Rechtsgestaltungsklagen“ oder „Klagen auf Rechtsänderung“ (Hellwig) verrät, setzt ein konstitutives Urteil, das aufhebend oder ändernd wirkt, das Vorhandensein von Rechten, Rechtsverhältnissen, Rechtszuständen als Boden seiner Wirksamkeit voraus. Auch das Bestehen einer rechtskräftigen Rechtsvermutung genügte als Vorbedingung, um durch konstitutives Urteil aufgehoben zu werden; so auch Hellwig, Anspruch und Klagrecht p. 465, der der Nichtigkeitserklärung des Patents konstitutive Kraft zuspricht, auch wenn die Patenterklärung nur eine Rechtsvermutung begründet. — Ebenso gehören zu der Kategorie der Rechtsänderungsklagen die von Kisch sogenannten „Auslösungsklagen“ und „Festsetzungsklagen“; denn das Ehenichtigkeitsurteil z. B., das er ein Auslösungsurteil nennt, beeinflußt die Rechtslage insofern kon-

[1]) Im folgenden handelt es sich nur um Klagen bereffend Änderungen des „materiellen“ Rechtszustands.

stitutiv, als die nichtige Ehe bis dahin wie eine Ehe behandelt wurde und werden mußte, während nunmehr ihre Nichtigkeit geltend gemacht werden kann; und das „Festsetzungsurteil“ bestimmt konstitutiv den Umfang z. B. einer Verbindlichkeit; von seiner Rechtskraft an gilt die betreffende Summe ex tunc als geschuldet etc. . . . .

Im Gegensatz zu den Löschungsklagen zwecks Löschung eines Warenzeichens oder Gebrauchsmusters (wo das Gericht direkt die Löschung anordnet), die das subjektive Recht des Klägers auf Löschung realisieren und die wir mit Hellwig gegen Langheineken und die herrschende Ansicht zu den Rechtsgestaltungsklagen zählen, würde dagegen die Nichtigkeitserklärung der Aktiengesellschaft — vorausgesetzt, die nichtige Gesellschaft würde erst durch die Eintragung der Nichtigkeit aufgelöst — nicht schon darum konstitutive Wirkung haben, weil das Gesetz den Vorstand verpflichtet, das Urteil unverzüglich zum Handelsregister einzureichen, und dem Registerrichter vorschreibt, daraufhin die Nichtigkeit einzutragen; denn hier würde eine gestaltende Kraft des Urteils fehlen.

Nun fragt es sich, wie ist die rechtliche Stellung dessen, der mit Erfolg die Klage auf Erlangung eines konstitutiven Urteils anstrengt!

Wer das ihm günstige, d. h. begehrte konstitutive Urteil mit Recht verlangen kann, ist Subjekt des publizistischen „Klagrechts“ (Hellwig) resp. „Urteilsanspruches“ (Langheineken) oder „Rechtsschutz-

anspruches“ (Wach), d. h. der Berechtigung, von den Gerichten eben dies Urteil zu verlangen.

Worauf basiert nun aber in unserem Fall, bei Erlaß eines konstitutiven Urteils, dieses publizistische Recht, das wir mit Hellwig, Planck, Wach, Langheineken jedem Kläger zusprechen, der mit seiner Klage das ihm günstige Urteil erlangen kann?

Wenn jemand vom Staat eine Rechtsänderung durch gerichtlichen Akt verlangen kann und auch erlangt, muß er speziell dazu legitimiert sein; ebenso wie nur der ein Leistungsurteil erlangt, der — abgesehen von der Prozeßführung für andere — der Forderungsberechtigte ist, erlangt nur der das konstitutive Urteil, der „änderungsberechtigt“ ist, d. h. derjenige, der ein Privatrecht auf die konkrete Rechtsgestaltung hat. Und dies Privatrecht stellt sich uns als materielle Klagvoraussetzung (so Hellwig, Lehrbuch des dtsch. Civilprozeßrechts p. 394, Bd. 1) oder, wie [1]) Schmidt sich (vergl. sein Lehrbuch p. 678) ausdrücken würde, materielle „Rechtsschutzbedingung“ dar. Anderer Meinung ist Langheineken, Urteilsanspruch p. 119, der solchen Privatrechten die Eigenschaft eines „Rechts“ abspricht; entgegen auch Kisch, a. a. O.,

[1]) Schmidt bezeichnet ähnlich den Hellwigschen Klagvoraussetzungen mit Rechtsschutzbedingungen die „Umstände, die außerhalb des prozessualen Handelns, regelmäßig auch zeitlich vor dem Prozesse verwirklicht sein müssen . . . .“ im Gegensatz zu den Prozeßvoraussetzungen als den durch das prozessuale Handeln selbst geschaffenen Bedingungen.

p. 71–75, wenn er auch solche Privatrechte nicht so entschieden ablehnt.

Derselben Meinung wie Hellwig ist Seckel, vergl. „Gestaltungsrechte“ in der Festschrift für Koch, p. 207.

Und zwar gehört das subjektive Recht, das der Rechtsänderungsklage zugrunde liegt, zu der Kategorie, die Hellwig „Rechte des rechtlichen Könnens“ nennt, und die erst seit neuerer Zeit als besondere Klasse anerkannt sind. Seckel faßt sie unter den Namen „Gestaltungsrechte“, Zitelmann als „Kannrechte“ zusammen. Ihr Charakteristikum ist nach Seckel a. a. O. p. 207: einmal, daß sie durch private rechtsgeschäftliche Erklärung, sei es mit oder ohne Hinzutreten eines Staatsakts, ausgeübt werden, sodann, daß ihr Inhalt nicht eine präsente unmittelbare Herrschaft über ein Objekt, über Person oder Sache etc., sondern vielmehr die Macht ist, eines der Herrschaftsrechte oder eine sonstige Rechtsbeziehung einseitig zu begründen, zu ändern oder aufzuheben.

Daß ein solches Recht die Grundlage jedes konstitutiven Urteils, resp. materielle Klagvoraussetzung des Klagrechts sein muß, sollten die obigen Ausführungen zeigen. Nicht aber sollte zum Ausdruck kommen, daß ein solches — abgesehen natürlich von den allgemeinen, d. h. bei allen Klagen notwendigen, Klagvoraussetzungen wie Parteifähigkeit, Zulässigkeit des Rechtswegs, Prozeßführungsrecht — als „besondere“ Klagevoraussetzung genügt. Vielmehr werden wir sehen, daß noch ein weiteres hinzukommen muß.

Wenn wir die Fälle in Betracht ziehen, in denen ein konstitutives Urteil ergeht, und die Rechte auf Rechtsänderung, die materiell zu Grunde liegen, prüfen, so ergibt sich, daß eine anderweite Ausübung derselben als durch Klage resp. Urteil, z. B. durch Privatwillenserklärung, ausgeschlossen ist.

Der Gesellschafter kann im Fall des § 61 des Gesetzes betreffend die Gesellschaft m. b. H. sein Auflösungsrecht, der Gatte sein Scheidungsrecht (B. G. B. § 1565), der Aktionär sein Anfechtungsrecht gegenüber dem Beschluß der Generalversammlung (H. G. B. § 271) und im Falle des B. G. B. § 1329 und 1343 der Ehegatte sein Recht auf Nichtigkeitserklärung resp. Auflösung der „nichtigen" Ehe und sein Anfechtungsrecht nur auf dem Wege der Klage ausüben. Ebenso ist es bei allen Widerspruchsrechten gegen prozessuale Maßnahmen, da auch diese Rechte nicht durch einfache Erklärung, sondern nur durch gerichtliche Entscheidung realisiert werden[1]), d. h. auf Erhebung der Klage hin.

Andererseits ist es doch wieder undenkbar, daß ein Recht des rechtlichen Könnens wie das einfache Kündigungsrecht oder Anfechtungsrecht bei einer Willenserklärung gemäß B. G. B. § 119 erst durch konstitutives Urteil wirksam ausgeübt wird (vergl. Hellwig, Lehrbuch p. 394).

[1]) Abgesehen sei hierbei von dem Sonderfall der §§ 768, 732 der Civilprozeßordnung.

Hieraus erhellt notwendigerweise, daß neben die materielle Voraussetzung des Vorhandenseins eines Rechts des rechtlichen Könnens als weitere besondere prozessuale Klagevoraussetzung die „Rechtsschutzbedürftigkeit“ treten muß, d. h. die Eigenschaft des Rechts, daß es nicht selbständig oder auf anderem Wege als durch Klage ausübbar ist; ebenso Gaupp-Stein, p. 515; auch Hellwig, Lehrbuch p. 394, der anerkennt, daß nicht jedes Recht des rechtlichen Könnens durch Urteil realisierbar ist, und auf p. 160 als besonderen Rechtsschutzgrund der Rechtsänderungsklage, bezw. als besondere prozessuale Klagvoraussetzung „das Recht auf sofortige richterliche Vollziehung“ angibt.

Dies deckt sich inhaltlich mit der von uns aufgestellten besonderen prozessualen Klagvoraussetzung, der „Rechtsschutzbedürftigkeit“, insofern, als nach dem geltenden Recht, wie wir sehen werden, jedes „rechtsschutzbedürftige“ Gestaltungsrecht, d. h. jedes Gestaltungsrecht, das nur durch Klage, nicht etwa selbständig, oder durch Antrag bei dem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit realisierbar ist, ein „Recht“ auf richterliche Vollziehung im Sinne Hellwigs nach sich zieht.

Zwar ist dies nicht so generell ausgesprochen wie bei der Feststellungsklage, wo C. P. O. § 256 ausdrücklich als prozessuale Klagvoraussetzung das rechtliche Interesse statuiert. Aber es wird die Existenz des Rechtsschutzanspruchs beim Vorhandensein eines nur durch Klage bezw. Urteil ausübbaren Rechts des rechtlichen Könnens als ebenso selbstverständlich vor-

ausgesetzt wie bei Vorhandensein eines fälligen civilrechtlichen Anspruchs auf Leistung das Klagrecht auf Leistungsurteil; (vergl. Hellwig, Anspr. und Klagrecht p. 126.) —

Im übrigen aber ist die Frage, ob einem „rechtsschutzbedürftigen", d. h. nur durch Klage und Urteil ausübbaren, Gestaltungsrechte prinzipiell auch ein Klagrecht auf realisierendes Urteil zur Seite steht, darum von fast gar keiner „praktischen" Bedeutung, weil das Gesetz in allen einzelnen Fällen, wo wir solche subjektiven Rechte annehmen, ganz kasuistisch ein „Klagenkönnen" (H.G.B. §273), „die Auflösung durch gerichtliche Entscheidung Beantragen-können" (§ 61, Ges. betr. d. G.m.b.H.) statuiert oder sich wie §1565 B. G. B. ausdrückt; ganz entsprechend, wie ja auch bei der Gattung von Gestaltungsrechten, die der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit realisiert, das Gesetz regelmäßig eine ausdrückliche Verweisung vor diesen enthält; vergl. H. G. B. §§ 146[II], 147, 295 und Ges. betr. die Freiwillige Gerichtsbarkeit §§ 165, 150 etc.[1]).

Jedenfalls kommen wir auf Grund der obigen Ausführungen zu dem Resultat, daß, wenn ein Gestaltungsrecht durch konstitutives Urteil realisiert

[1]) Übereinstimmend sagt Kisch a. a. O. p. 57, sobald die Voraussetzungen gegeben sind, unter denen nach Bestimmung des Gesetzes die konkrete Rechtsgestaltung durch Urteil erfolgen darf, stehe zugleich fest, daß der Klagberechtigte ein von der Rechtsordnung anerkanntes Interesse an ihrer Herbeiführung habe. — Kisch folgert also wie wir einen Anspruch auf konstitutives Urteil in den zitierten Fällen (vergl. p. 34).

werden soll, außer den allgemeinen prozessualen Klagvoraussetzungen wie Parteifähigkeit, Prozeßführungsrecht, Zulässigkeit des Rechtswegs etc. nur die für die Rechtsänderungsklage charakteristische prozessuale Voraussetzung der „Rechtsschutzbedürftigkeit" im oben dargelegten Sinne gegeben sein muß.

Wenn wir wie in den genannten Fällen sichere Merkmale für das Vorhandensein des materiellen Gestaltungsrechts[1]) haben und durch Statuierung eines „Klagenkönnens" etc. seine Rechtsschutzbedürftigkeit anerkannt finden, steht nichts dem entgegen, bei Vorhandensein der allgemeinen prozessualen Klagvoraussetzungen dem Berechtigten das Klagrecht auf rechtsänderndes Urteil zuzubilligen. —

Nicht können wir dies aber ohne weiteres, wenn wie in §§ 309, 311 H. G. B. nicht die Merkmale des Vorhandenseins eines Gestaltungsrechts, z. B. durch Statuierung der konstitutiven Wirkung des Urteils, gegeben sind, sondern nur ein „durch Klage Beantragenkönnen der Nichtigkeitserklärung" im Gesetz vorgesehen ist.

§ 5.

Die Klage auf Nichtigkeitserklärung, eine Rechtsgestaltungsklage.

Daß die „nichtige" Aktiengesellschaft als solche oder, um mit Kisch, Langheineken zu sprechen,

[1]) Direkt als „Recht" ist ein solches nur im B. G. B. § 1565 statuiert.

daß die Möglichkeit, gültige Rechtsgeschäfte mit Dritten einzugehen, nicht für die Dauer vorhanden sein soll, ist ebenso selbstverständlich, als es aus dem Gesetz erhellt. Wann aber der entscheidende Zeitpunkt ist, bestimmt das Gesetz nicht ausdrücklich. Den Bestimmungen gemäß kann durch Klage die Nichtigkeitserklärung erwirkt werden und soll nach §§ 309/273 daraufhin die Nichtigkeit[1]) ins Handelsregister eingetragen werden.

Als Zeitpunkt, bis zu dem die Rechtswirkungen der nichtigen Aktiengesellschaft währen, bezw. sie als solche rechtsgeschäftlich unbeschränkt berechtigt und verpflichtet werden kann, kommt einzig und allein die Rechtskraft des Urteils oder die Eintragung in Betracht.

Nach unserer Auffassung von der „nichtigen" Gesellschaft, wie wir sie in den obigen Ausführungen als die der gesetzlichen Regelung entsprechende hinstellten, tritt in dem Augenblick, wo die Funktionen der „nichtigen" Gesellschaft, wie sie § 311 II garantiert, aufhören, Auflösung der Gesellschaft, resp. Aufhören des Bestehens der „nichtigen" Gesellschaft ein. — Der Akt, der diese Aufhebung herbeiführt, sei es die Eintragung der Nichtigkeit ins Register oder das rechtskräftige Nichtigkeitsurteil, hat sonach konstitutive Kraft.

Nach Kischs und Langheinekens Ansicht könnte von einer derartigen Wirkung darum keine Rede sein, weil sie nur das Vorhandensein eines „tat-

---

[1]) Resp. das die Nichtigkeit erklärende Urteil; vergl. hierüber den Schluß des § 6 dieser Arbeit.

sächlichen“ Gebildes anerkennen, das keiner Rechtsaufhebung unterliegen könnte, nicht das Vorhandensein eines rechtsfähigen Gebildes. das einer solchen wohl unterliegen kann.

Es handelt sich nunmehr um die Entscheidung, wann die notwendig in einem der Zeitpunkte eintretende konstitutive Wirkung eintritt, ob mit der Nichtigkeitserklärung oder der Eintragung ins Register, d. h. ob die Klage auf Nichtigkeitserklärung ein konstitutives Urteil herbeiführt oder nicht.

Staub spricht ausdrücklich (Anm. zu § 309, 6./7. Auflage) dem Nichtigkeitsurteil die konstitutive Wirkung mit der Denkschrift zum H. G. B. (p. 171) ab [1]) und sie der Eintragung der Nichtigkeit ins Register zu. Ebenso hält Makower den Zeitpunkt der Eintragung für den entscheidenden, indem er die Grundgedanken des § 32 Freiw. Gerichtsbarkeits-Gesetz und § 311 [1] identifiziert und die Rechtsgeschäfte gültig sein läßt, soweit sie vor Aufhebung der in der Eintragung der Aktiengesellschaft liegenden Verfügung durch Eintragung der Nichtigkeit geschlossen sind.

Daß Kisch und Langheineken den Zeitpunkt der Rechtskraft als den maßgebenden für das Aufhören

[1]) Vergl. auch Litthauer bei Guttentag: H. G. B. Anm. zu § 309 und auch Staubs Kommentar, 8. Auflage, wo es p. 1040 heißt: Für den Rechtsverkehr ist die Gesellschaft gültig, solange sie eingetragen ist. Auch die in der Zwischenzeit zwischen der Rechtskraft der Nichtigkeitserklärung und der Eintragung der Nichtigkeit vorgenommenen Rechtsgeschäfte machen hiervon keine Ausnahme.

der Funktionen aus § 311 II ansehen, könnte man eventuell daraus folgern, daß sie ausdrücklich die Wirkungen gemäß § 311 II als dem Charakter der Klage als Feststellungsklage „nicht entgegenstehend" bezeichnen; denn, wenn diese Wirkungen erst mit der Eintragung aufhörten, dann wäre ja überhaupt über die deklaratorische Natur des Urteils nicht zu streiten; welche andere konstitutive Wirkung könnte das Urteil haben, als die Funktionen der Gesellschaft gemäß § 311 II (und die ihnen analogen, vergl. § 3 dieser Arbeit) zu beendigen?

Ebendarum ist Cosacks Auffassung nicht klar; in seinem Lehrbuch (6. Auflage) p. 569 haben seine Ausführungen den Anschein, als nehme er ein konstitutives Urteil an, und werden auch von Langheineken, Hellwig u. a. so verstanden (vergl. Anspruch und Klagrecht p. 576). Wohl aber spricht Cosack dennoch von „einer Wirksamkeit der vor Registrierung der Nichtigkeitserklärung im Namen des Vereins mit Dritten vorgenommenen Rechtsgeschäfte". Er erklärt also für die Möglichkeit, diese gültig abzuschließen, mit Staub den Zeitpunkt der Eintragung für den maßgebenden; worin besteht dann aber die konstitutive Wirkung des Urteils, die er ziemlich sicher annimmt, da er sich auf Düringer bezieht, der die Nichtigkeitsklage eine „Auflösungsklage" nennt (vergl. Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Bd. VI, p. 47 ff.)? Scheinbar setzt Cosack das Bestehen der nichtigen Gesellschaft im Innen- und Außenverhältnis dem einer vollgültigen gleich und spricht

dem Urteil nur die Wirkung zu, die Gesellschaft in ihren Funktionen nach innen hin aufzulösen, während er ihr bis zur Eintragung nach außen die Wirkungen aus § 311 II zuspricht; eine Auffassung, die auch aus seinen Ausführungen im Lehrbuch, p. 569 herzuleiten wäre, wo er sagt: „Die Gesellschaft besteht trotz des Mangels zu Recht."

Wir dagegen, die wir, von § 311 III abgesehen, nur eine Wirksamkeit nach außen anerkannten, können, wie oben dargelegt, nur dann eine konstitutive Kraft des Urteils konstatieren, wenn mit seiner Rechtskraft die Funktionen aus § 311 II aufgehoben sind (also die nichtige Aktiengesellschaft mit den ihr wesentlichen Funktionen zerstört ist).

Auch Wulf, a. a. O. p. 35, p. 51 und Simonis, a. a. O. p. 30, lehnen die deklaratorische Kraft des Urteils ab. Indem sie die Auffassung Staubs und der Denkschrift, wie sie auch im Text § 3 von uns — abgesehen von der Abweichung bezüglich des § 311 III — vertreten wurde, verwerfen, daß nämlich die Gesellschaft nur nach außen hin einer gültigen gleich funktioniere, während sie nach innen hin als nicht bestehend zu behandeln wäre, kommen sie dazu, der „nichtigen", resp. mit Mängeln behafteten Gesellschaft nach innen und außen hin voll wirksamen Bestand zuzusprechen und folgern daraus, ohne daß sie ausschlaggebende Gründe anzuführen wüßten, die Nichtigkeitserklärung müsse konstitutiv sein; so Simonis, a. a. O. 30; es ist nicht einzusehen, warum Simonis diese von ihm an das

Urteil geknüpfte konstitutive Wirkung nicht an die Eintragung der Nichtigkeit knüpft! — Wulf, der zwar a. a. O. p. 33 ff. die deklaratorische Wirkung des Urteils ausdrücklich ablehnt und auch auf p. 51 das Urteil konstitutiv nennt, spricht im Widerspruch hiermit auf p. 35 von der konstitutiven Wirkung der Eintragung des die Nichtigkeit erklärenden Urteils!

Jedenfalls liegt es nicht fern, aus Simonis' und Wulfs Ausführungen zu entnehmen, daß sie im Gegensatz zu dem Resultat, zu dem wir unten kommen werden, eine konstitutive Kraft des Urteils nur für möglich halten, wenn eine Geltendmachung der Nichtigkeit vor dem Urteil ganz ausgeschlossen ist, während sie an die „Möglichkeit" einer konstitutiven Kraft der Nichtigkeitserklärung gar nicht für den Fall denken, daß die Nichtigkeit wohl schon vorher, wenn auch nur im Innenverhältnis, geltend gemacht werden kann!

Natürlich würde der konstitutiven Natur des Urteils nicht entgegenstehen, daß z. B. nach H.G.B. § 15 noch in gewissen Beziehungen nach der Rechtskraft der gute Glaube geschützt wäre, auch nachdem die „nichtige" Aktiengesellschaft aufgelöst ist! Dann handelte es sich doch nur um eine Wirksamkeit der Geschäfte, so weit sie gutgläubige Dritte berechtigen. Es wäre dies analog der Rechtslage nach Auflösung der normalen Aktiengesellschaft oder einer Gesellschaft m. b. H., wo auch § 15 Anwendung findet, bis die Auflösung eingetragen ist.

Daß nun dieselben Wirkungen, die Staub an die seines Erachtens konstitutive Eintragung der Nichtigkeit

knüpft, an die Rechtskraft des Nichtigkeitsurteils zu knüpfen sind, und die Wirkungen aus § 311 II nur bis zu der Rechtskraft des Nichtigkeitsurteils fortdauern, (bezw. dementsprechend nur bis zu diesem Zeitpunkt eine Verpflichtung der Gesellschafter gemäß § 311 III „eintreten“ kann), daß also die „nichtige“ Aktiengesellschaft als solche durch konstitutives Urteil aufgelöst wird, diese Behauptung glaube ich auf die folgenden Erwägungen und Gründe stützen zu können. Und zwar werden wir die gesetzliche Bestimmung mit Hilfe der Betrachtung analoger Fälle auszulegen haben, und wollen vorausschicken, daß wir keinen äußeren Anhalt für Annahme eines konstitutiven Urteils haben, da die im § 4 dieser Arbeit festgestellten Merkmale, die für die Rechtsgestaltungsklage wesentlich sind, im Gesetz nicht statuiert werden.

Richtig sagt Staub in der Anmerkung zu § 309 (6./7. Auflage des Kommentars): „Die Aktiengesellschaft die zwar besteht, aber nicht zu Recht, ist nichts anderes wert, als daß sie zugrunde geht. Und dies Zugrundegehen muß in geordneten Bahnen geschehen.“ Nun hat zweifelsohne jeder Gesellschafter ein Interesse daran, daß die nichtige Gesellschaft zugrunde geht, d. h. nicht mehr die einzelnen Gesellschafter verpflichtende Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden können; denn jeder muß, wie wir § 3 sahen, für sein Teil für die Schulden bis zu einer gewissen Grenze nach § 311 III Zahlungen leisten.

Wenn wir jetzt an ähnliche Fälle denken, wo es im Interesse des Einzelnen liegt, eine Änderung des

Rechtszustands herbeizuführen, wie bei der Scheidung der Ehe, Anfechtung, Nichtigkeitserklärung derselben, Auflösung einer G. m. b. H. gemäß §§ 61, 62 des Gesetzes betr. die G. m. b. H., 1892, ferner bei der Aufhebung des Verwaltungsrechts des Ehemanns, bezw. der Gütergemeinschaft oder bei Auflösung der offenen Handelsgesellschaft oder Ausschließung eines Gesellschafters (H. B. G. §§ 133, 140), und wenn wir in Erwägung ziehen, daß dort stets dem Interessenten ein subjektives Recht „zur Gestaltung" (Seckel) oder „auf Rechtsänderung" (Hellwig) zusteht[1]), so müssen wir auch in unserem analog liegenden Fall zu dem Resultat kommen, daß es nicht anders als de lege ferenda billig wäre, wenn es ebenso in der Macht des Aktionärs stände, dem zweifellos ungerechtfertigten Bestehen eines Rechtsgebildes ein Ende zu machen, mit dem er verkettet ist und für dessen Verbindlichkeiten er, soweit erforderlich, Zahlungen leisten muß, resp. die versprochenen Einlagen zahlen muß, wenngleich er diese nur den Zwecken einer vollgültigen Aktiengesellschaft gewidmet wissen wollte. Und zwar müßte es eben nicht allein in der „Macht" des Aktionärs stehen, den bestehenden Rechtszustand aufzuheben; es müßte analog den zitierten Fällen auch dem Aktionär billigerweise ein Recht des rechtlichen Könnens, ein Gestaltungsrecht zustehen, dessen Inhalt das „Auflösenkönnen" der nichtigen Aktiengesellschaft wäre und dessen Ausübung durch konstitutives Urteil geschähe.

[1]) Vergl. p. 31—33 dieser Arbeit.

Nun können aber derartige Billigkeitserwägungen allein de lege lata nicht viel nützen, sie allein gestatten auch nicht, etwas ins Gesetz hinein zu interpretieren, was nicht positiv dort statuiert ist. Sie unterstützen uns höchstens bei solchen Bestimmungen des Gesetzes, die eine zwiefache Auslegung nicht ausschließen, und bestärken uns, uns für die eine von ihnen zu entscheiden, zumal wenn andere erhebliche Gründe für die Entscheidung sprechen.

Ähnlich liegt es bei der Auslegung des § 309 H. G. B. Der Aktionär etc., heißt es dort, kann im Wege der Klage beantragen, daß die Gesellschaft für nichtig erklärt werde, und wir schwanken, ob die dort statuierte Klage eine Feststellungs- oder eine Rechtsgestaltungsklage ist, da das Gesetz von einer Wirkung des ergehenden Urteils im Gegensatz zu anderen Fällen nichts sagt.

Selbstverständlich ist die Möglichkeit, eine Leistungsklage anzunehmen, ausgeschlossen, da z. B. von einem Anspruch des Aktionärs gegen die Gesellschaft, gegen die die Klage zu richten ist, aus Gründen der Statutenmängel resp. der Nichtigkeit die Rede nicht sein kann. Ein Anspruch auf Auflösung gegen die Gesellschaft ist natürlich undenkbar [1]).

[1]) Doch findet sich eine analoge Konstruktion bei Struckmann-Koch, Kommentar zur C. P. O., Anm. zu § (231) 256, bei Wilmowski-Levy und Lobe im Sächs. Archiv (Bd. 6, p. 673), die die Scheidungsklage mit den

Was bedeutet nun die gesetzliche Statuierung einer Klagemöglichkeit in unserem Fall? —

Sie beweist zunächst jedenfalls, daß die materiellen Voraussetzungen, die gegeben sein müssen, um das durch die Klage begehrte Urteil herbeizuführen, vorhanden sind, daß also die materiellen Rechtsschutzbedingungen bezw. Klagvoraussetzungen vorliegen, wenn die in § 309 bezeichneten Bedingungen erfüllt sind [1]).

Sie könnte aber daneben bedeuten, daß eine für die betreffende Klagegattung „besonders erforderliche" prozessuale Klagvoraussetzung vorhanden ist, wobei unter den „besonders erforderlichen" prozessualen Voraussetzungen diejenigen verstanden werden, die als Charakteristikum der verschiedenen Klagkategorien [2]) bezw. Klagrechte gelten können und die Hellwig in seinem Lehrbuch p. 160 sub 5, a, b, c aufzählt.

Erwägen wir nun zuerst die Eventualität, § 309 statuiere eine Feststellungsklage; hier könnte die ausdrückliche Hervorhebung des „Klagenkönnens" allein den Zweck haben, die für diese Klage erforderliche besondere prozessuale Klagvoraussetzung, nämlich das

---

Klagen auf gleiche Linie stellen, die auf Grund einer Anspruchsverletzung die Verurteilung zu einer Leistung erstreben.

[1]) Natürlich könnte es keinesfalls allein der Zweck des § 309 sein, die materiellen Voraussetzungen einer Feststellungsklage zu statuieren.

[2]) Der Leistungs-, Feststellungs- und Gestaltungsklagen.

Vorhandensein des rechtlichen Interresses an der alsbaldigen Feststellung, zu statuieren. Und in der Tat ist Langheineken, a. a. O. p. 151, 157, dieser Ansicht. Er rechnet die Klage aus § 309 zu den Klagen auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses, bei denen das Feststellungsinteresse gesetzlich festgesetzt ist, und führt in dieser Kategorie außer der Klage aus § 309 weitere 9 Klagen an.

Wenn wir die einzelnen Klagen durchgehen, werden wir sehen, daß die Aufstellung einer solchen Kategorie von Feststellungsklagen ungerechtfertigt ist.

Was die Klagen aus C.P.O § 771 und § 767 betrifft, so folgen wir der Ansicht Hellwigs, daß hierin gar keine Feststellungsklagen, sondern vielmehr Klagen zwecks Änderung von Prozeßmaßnahmen statuiert sind, da im ersten Fall ein vom Prozeßrecht verliehenes Widerspruchsrecht durch Aufhebung des Rechtszustandes, der durch die staatliche Vollstreckungsmaßregel geschaffen wurde, realisiert wird, und in dem zweiten Fall die bisher zulässige Zwangsvollstreckung durch Urteil unzulässig gemacht, d. h. ihrer Zulässigkeit beraubt wird; vergl. Hellwig, Lehrbuch p. 397, 398. Ebenso sind Rechtsänderungsklagen die Klage des Genossenschaftskonkursgläubigers gegen den Vorstand auf Beseitigung des erhobenen Widerspruchs (Reichsgesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften § 108 II_2), die Klage auf Löschung eines Gebrauchsmusters auf Grund § 6 $^{I, II}$ des Gesetzes vom 1. Juni 1891 und endlich die Löschungsklage aus § 9 $^{I, II}$ des Gesetzes zum Schutz

der Warenbezeichnungen vom 12. Mai 1894; so Hellwig. Anderer Meinung außer Langheineken Gierke u. a. — Auch u. E. wird hier durch Urteil das jedermann zustehende Recht, die Löschung herbeizuführen (natürlich bei Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen), der „Anspruch auf Löschung", wie § 9 V des letztzitierten Gesetzes mißverständlich sagt, realisiert.

Zugestanden werden muß dagegen Langheineken, daß die Inzidentfeststellungsklage und Hauptinterventionsklage reine Feststellungsklagen sind; doch liegt die Besonderheit dieser Klagen keineswegs in der gesetzlichen Statuierung, bezw. Präsumtion des rechtlichen Interesses an der Feststellung, das allerdings der gesetzlichen Regelung nach die natürliche Voraussetzung ist, und es sind diese Klagen nicht darum ausdrücklich statuiert, um ihnen auf Grund einer solchen Präsumtion eine Ausnahmestellung gegenüber den Klagen gemäß § 256 C. P. O. zu geben. Vielmehr liegt die Besonderheit darin, daß nach § 280 über ein präjudizielles Rechtsverhältnis die schon an sich erforderliche Entscheidung in Form eines der Rechtskraft fähigen Urteils abgegeben werden, und nach C. P. O. § 64 der Hauptintervenient gegen zwei im Prozeß über ein von ihm behauptetes Recht schwebende Parteien zugleich vor der rechtskräftigen Entscheidung das Recht selbst im Klagewege geltend machen, bezw. feststellen lassen kann.

Nur eine der von Langheineken aufgeführten Klagen ist wirklich unstreitig als reine Feststellungsklage im materiellen Recht ausdrücklich statuiert, ohne daß

der Grund ihrer Statuierung in prozessualen Besonderheiten wie im Fall C. P. O. §§ 280, 64 liegen kann. Es ist dies die Klage aus § 6^{II_2} des Gesetzes zum Schutz der Warenbezeichnungen, die der Anmelder eines Warenzeichens anstrengt, wenn ihm die Eintragung vom Patentamt wegen Übereinstimmung des angemeldeten Zeichens mit einem früher angemeldeten versagt ist. Sie ist keine Rechtsänderungsklage, da in ihr nicht ein Recht auf Löschung, sondern nur das eigene Recht auf Eintragung geltend gemacht, und zwar nur festgestellt werden soll.

Allein, trotz dieses vereinzelten Falles ist die Aufstellung einer besonderen Kategorie von Feststellungsklagen, die gegenüber denen des § 256 C. P. O. durch Präsumtion des rechtlichen Interesses eine Sonderstellung haben sollen, durchaus ungerechtfertigt; denn — abgesehen von der Hauptinterventionsklage und Inzidentfeststellungs- bezw. Widerklage, deren Statuierung ihren Grund in den oben erwähnten Besonderheiten hat, und überhaupt abgesehen von allen im Prozeßrecht statuierten Klagen, die mit prozessualen Maßnahmen in Verbindung stehen — werden nach den geltenden materiellen (Ggs. prozeßrechtlichen) Gesetzen, besonders dem B. G. B. und H. G. B., Feststellungsklagen als anstrengbar nicht ausdrücklich statuiert, sondern das Vorhandensein eines Feststellungsklagerechts richtet sich nach dem allgemeingültigen § 256 C. P. O.

Und wo wir im Gesetz ein Klagenkönnen (B. G. B. § 1565, ähnlich § 1329) oder ein Be-

antragenkönnen z. B. der Auflösung durch gerichtliche Entscheidung (H. G. B. § 133) etc. statuiert finden, handelt es sich regelmäßig, wofern natürlich nicht das Klagen—können Statuierung einer Leistungsklage bedeutet, um eine Rechtsänderungsklage, d. h. werden die wesentlichen Voraussetzungen des Klagrechts auf Rechtsänderung durch Urteil statuiert.

So werden wir auch für § 309 die von Langheineken behauptete Statuierung einer Feststellungsklage ablehnen.

Wenn ein Aktionär ein rechtliches Interesse an der Feststellung des Nichtbestehens einer vollgültigen Aktiengesellschaft hat, so ist es ihm ja unbenommen, gemäß § 256 C. P. O. Feststellung zu verlangen.

Wir folgern — und das ist das Ergebnis unserer Auslegung [1]) des Gesetzes, die auf der Vergleichung mit der Bedeutung ähnlicher Gesetzesvorschriften beruhte und zugleich durch die im vorigen erwähnten Billigkeitserwägungen unterstützt wurde —, daß das Gesetz in § 309 jedenfalls die materiellen Voraussetzungen eines Klagerechts auf Rechtsänderung statuiert, d. h. gemäß unseren Ausführungen in § 4 und übereinstimmend mit

---

[1]) Damit verstoßen wir nicht gegen den Satz, den Kisch mit Recht aufstellt, es sei unzulässig, den Kreis der gegebenen Konstitutiv-Urteile auszudehnen und zu den gesetzlich vorgesehenen noch andere hinzuzufügen, weil sie mit den bereits anerkannten gleich gelagert seien! Denn das Resultat unserer Auslegung ist eben, daß im § 309 ein solches konstitutives Urteil vorgesehen ist.

Hellwig, Lehrbuch p. 238, Anspruch und Klagrecht p. 463, das Vorhandensein eines materiellen Rechts des rechtlichen Könnens anerkennt, dessen Gegenstand die Auflösung der „nichtigen“ Gesellschaft ist. Dies Recht besteht naturgemäß nur solange, als die nichtige Gesellschaft besteht, wie das Scheidungsrecht mit Auflösung der Ehe fällt, und nur, solange keine Heilung der Mängel erfolgt ist.

Da dies Recht des rechtlichen Könnens nicht anders, z. B. durch Erklärung allein, realisiert werden kann[1]) und außerdem das Gesetz seine „Rechtsschutzbedürftigkeit“ (vgl. § 4 dieser Arbeit) als besondere prozessuale Klagvoraussetzung durch seine Fassung ausdrücklich anerkennt, sind die von uns in § 4 als wesentlich erkannten Klagvoraussetzungen (inkl. der feststehenden Zulässigkeit des Rechtswegs) gegeben, und die in § 309 aufgezählten Personen sind Subjekte des konkreten publizistischen Klagerechts, das auf Erlangung der die „nichtige“ Aktiengesellschaft aufhebenden Nichtigkeitserklärung gerichtet ist.

[1]) Daß der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Anregung der Aktionäre oder von Amtswegen (Ges. über d. Anglht. der Freiw. G. § 144) die Nichtigkeit eintragen kann, steht dem nicht entgegen, denn er entscheidet bei dem Verfahren nicht über das in der Tat bestehende subjektive Gestaltungsrecht, und so kann, wenn er die Eintragung vornimmt, nicht von einer Realisation des Rechts gesprochen werden (vgl. Hellwig, Lehrbuch p. 82, Anm. 60).

Zu einem ähnlichen Resultat kommt auch Gaupp-Stein, Kommentar p. 513 (wenn er auch Wirkung ex tunc annimmt; s. unten).

Natürlich steht dem gewonnenen Ergebnis das spätere Fortleben der Gesellschaft für Liquidationszwecke ebenso wenig entgegen, wie bei dem konstitutiven Auflösungsurteil der G. m. b. H. gemäß §§ 61, 62 des Gesetzes betr. die G. m. b. H.

III. Abschnitt.

Die Rechtslage nach Erlaß des Urteils.

§ 6.

Die ex nunc, nicht ex tunc wirkende Rechtskraft des Urteils.

Unter denen, die die konstitutive Wirkung des besprochenen Urteils zugestehen, ist es nun wieder bestritten, ob es ex nunc oder ex tunc wirke.

Gaupp-Stein, a. a. O. p. 513, unterscheidet unter seinen „Rechtsgestaltungsklagen" diejenigen, die eine lediglich für die Zukunft wirksame richterliche Handlung verlangen, und diejenigen, bei denen das Urteil eine Rechtswirkung mit rückwirkender Kraft herstellen oder vernichten soll, und führt als Beispiel für die letztere Gattung neben der Ehenichtigkeitsklage die Nichtigkeitsklage resp. Nichtigkeitserklärung der Aktiengesellschaft an.

Hellwig dagegen nimmt nur Wirkung ex nunc an; vergl. Anspruch und Klagrecht p. 463; ebenso Wulf p. 35 und Simonis p. 31.

Wann wirkt denn überhaupt ein Urteil ex tunc, wann ex nunc? —

Ex tunc wirkt es nach Langheineken, a. a. O. p. 100, wenn es einen „Rechtsvorgang", ex nunc, wenn es einen „Rechtszustand" aufhebt. Hellwig spricht

von „Aufhebung eines Rechtsverhältnisses mit rückwirkender Kraft“ und von solchen Fällen, wo ein ex nunc wirkendes Aufhebungsrecht durch Klage geltend gemacht wird. Diese abweichende Konstruktion hängt mit der verschiedenen Auffassung vom Prozeßgegenstand zusammen, als den Langheineken den aufzuhebenden Rechtszustand bezw. Rechtsvorgang, Hellwig stets das materielle Recht des rechtlichen Könnens ansieht. Wie auch die Konstruktion am zweckmäßigsten sein mag, ein ex tunc wirkendes Urteil ergeht regelmäßig in solchen Fällen, wo ein Rechtsvorgang, sei es eine Privatwillenserklärung oder ein Staatsakt, zu Unrecht erfolgt ist; und es ist folgerichtig, wenn vom Gesetz die Wirkungen eines ungerechtfertigten Vorgangs als ungerechtfertigt auch behandelt werden.

Nun ist aber die Rückwirkungskraft in den konkreten Fällen eine verschieden starke, je nachdem sie „ihre Grenzen in den Rechten findet, die von Dritten auf Grund jenes Rechtszustandes erworben sind“ (vergl. Hellwig, Deutsche Jur.-Zeitung 1904, Nr. 18), bezw. überhaupt in Rechtsgeschäften, die mit Dritten geschlossen sind; diese Begrenztheit der Rückwirkung findet sich sowohl, wenn konstitutiv in den materiellen Rechtszustand eingegriffen wird, wie dann, wenn es sich um die Änderung von Prozeßmaßnahmen handelt oder von Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Hellwig erkennt (vergl. den letztzitierten Aufsatz) in allen den Fällen der Rückwirkung auf Grund der gesetzlichen Vorschriften einen ihnen zweifellos allen zu Grunde liegenden Gedanken. Und zwar drückt er

ihn besonders für die Rückwirkung bei Aufhebung von konstitutiven Staatsakten durch das Prinzip aus: „Die Rückwirkung ist insoweit ausgeschlossen, als nicht mehr res integra ist.“ Nun ist freilich die Regelung in den konkreten Fällen eine ganz verschiedene: Teils ist der Dritte nur dann geschützt, wenn er bonae fidei war, wie B. G. B. § 142 oder § 1344 bei der Nichtigkeitserklärung der Ehe und im Prozeßrecht C. P. O. § 1018, wo bei Anfechtung des Ausschlußurteils die von den Verpflichteten auf Grund des Urteils bewirkten Leistungen Dritten gegenüber wirksam bleiben, es sei denn, daß der Verpflichtete zur Zeit der Leistung die Aufhebung des Ausschlußurteils gekannt hat (hier ist der Verpflichtete der „geschützte Dritte“). In anderen Fällen wird guter Glaube nicht gefordert; beispielsweise bleiben die Handlungen des Vormunds jedem Dritten gegenüber trotz Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses gültig, ungeachtet dessen, ob ein Teil etwas von der Möglichkeit der Aufhebung wußte oder nicht (B. G. B. § 115).

In allen den genannten Fällen hatte der konstitutive Rechtsakt jedenfalls noch die Fähigkeit der Rückwirkung, wenngleich sie begrenzt war, denn z. B. im Fall des § 1344 B. G. B. verlieren die mit Schlechtgläubigen geschlossenen Geschäfte ihre Wirkung, im Fall des § 115 B. G. B. konvaleszieren die von dem Entmündigten vor dem auf die Anfechtungsklage ergangenen konstitutiven Urteil geschlossenen Geschäfte etc.

Nun werden wir aber Fälle konstatieren können, wo es sich ebenfalls um die Aufhebung von

konstitutiven Akten handelt, wo aber im Gegensatz zu den genannten Fällen für eine rückwirkende Kraft infolge des Eingreifens des oben genannten Prinzips gar kein Raum bleibt. Hier weisen wir besonders auf § 32 des Gesetzes betr. Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit hin. Es ergeht ungerechtfertigter Weise eine Verfügung der freiwilligen Gerichtsbarkeit, durch die jemand die Fähigkeit zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts erlangt. Abgesehen von dem Fall der sachlichen Unzuständigkeit des Gerichts behält jedes daraufhin abgeschlossene Rechtsgeschäft trotz Aufhebung der Verfügung seine Gültigkeit. Das Prinzip, das Hellwig verallgemeinert, ist hier ausdrücklich im Gesetz enthalten und läßt für eine rückwirkende Kraft der Aufhebung gar keinen Raum.

Denn, was sollte sie anders rückwirkend aufheben als gerade die Wirkungen, die das Gesetz ausdrücklich aufrechterhält?

Nicht unähnlich ist die Sachlage, wenn die nichtige Aktiengesellschaft für nichtig erklärt wird.

Wenn auch die Eintragung der Aktiengesellschaft (vergl. § 3) keineswegs einer eigentlichen Verfügung im Sinne des § 32 F. G. G. an die Seite zu stellen ist, und auch die Nichtigkeitserklärung keineswegs als Aufhebung der Eintragung angesehen werden darf wie die Aufhebung einer Verfügung im Beschwerdewege, so zeigt sich doch eine Analogie. In beiden Fällen sind zu Unrecht konstitutive Akte vorgenommen worden, und im Fall des § 32 ebenso wie im Fall der Nichtigkeitserklärung soll das weitere Eintreten der

Folgen dieses konstitutiven Aktes verhindert werden. Und zwar werden in beiden Fällen auf Grund des erwähnten Prinzips die einzig eingetretenen Folgen, wie sich gleich unten ergeben wird, aufrecht erhalten.

Mit Recht betont Düringer in der Zeitschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Bd. VI, p. 47 ff., „konsequenterweise müßte eine mit Erfolg angefochtene Aktiengesellschaft als von Anfang an nicht existierend angesehen werden"; allein, § 311[II] H. G. B. bestimmt ausdrücklich, daß die mit Dritten geschlossenen Rechtsgeschäfte in ihrer Wirksamkeit durch die Nichtigkeit unberührt bleiben, und es war uns gestattet (vergl. § 3 dieser Arbeit), diese Bestimmung analog auf prozessuale Beziehungen der Gesellschaft bezw. gegenüber Dritten erlangte Entscheidungen des Gerichts, sowie auch auf die durch Delikte des Vorstands z. B. entstandenen Rechtsverhältnisse dahin auszudehnen, daß die Nichtigkeit der Gesellschaft ohne Einfluß ist auf die prozeß- bezw. bürgerlich-rechtlichen Verhältnisse der genannten Art. Damit ist natürlich nicht nur gesagt, daß in der genannten Richtung die „Nichtigkeit" vor der Nichtigkeitserklärung ohne Einfluß bleibt, sondern deutlich miteingeschlossen, daß auch nicht etwa als ex tunc wirkende Folge eines konstitutiven Urteils die gültigen Rechtsbeziehungen der „nichtigen" Gesellschaft zu Dritten aufgehoben oder angetastet werden können[1])[2]).

---

[1]) Den Standpunkt, daß vor der Nichtigkeitserklärung von den Gesellschaftsorganen vorgenommene Rechtsgeschäfte

Nun entnahmen wir aber in § 3 dieser Arbeit dem Gesetzestext und folgerten aus der Zweckbestimmung des § 311 II in Übereinstimmung mit dem Staubschen Kommentar, 8. Auflage, Lehmann-Ring u. a., daß als positive Wirkung der „nichtigen" Gesellschaft auch schon vor der Nichtigkeitserklärung die Verpflichtung der Gesellschafter besteht, bis zu einer gewissen Höhe gemäß § 311 III Zahlungen zu leisten. Es ist im Gesetz allerdings nicht ausdrücklich gesagt, daß diese Verpflichtung durch etwaige Wirkungen der konstitutiven Nichtigkeitserklärung unberührt bleibt; wie sollte dem aber anders sein? — Sollte die Verpflichtung der

---

auch nachher gültig bleiben sollen, vertrat de lege ferenda schon Riesser in der Dtsch. Jur.-Zeitung, Bd. I, p. 155 ff.

[2]) Simonis a. a. O. spricht, wo wir von ex tunc-Wirkung der Nichtigkeitserklärung sprechen, von einer deklaratorisch-auslösenden Wirkung (vergl. p. 26). Er führt als Grund gegen die Annahme dieser Wirkung des Urteils auf p. 29 die Konstruktionsschwierigkeit an, die darin läge, daß einerseits die Gesellschaft für die ganze Vergangenheit nichtig gemacht würde, andererseits aber für die Liquidationszwecke aufrecht erhalten bliebe; und behauptet ferner, nach dieser Auffassung des Urteils würde „sämtlichen" Verhältnissen der Vergangenheit die Gültigkeit nachträglich genommen. — Ohne an dieser Stelle etwa die ex tunc-Wirkung verteidigen zu wollen, möchten wir darauf hinweisen, daß Simonis hierbei § 311 II nicht berücksichtigt, dessen Bedeutung er bei Erörterung des seiner Ansicht nach ex tunc wirkenden Urteils auf p. 31 nicht verkennt.

Gesellschafter, nachdem sie bestanden hat, ex tunc durch das Urteil aufgehoben werden, um dann später im Stadium der Liquidation wieder aufzuleben? — — — Die positiven Funktionen resp. Wirkungen der „nichtigen" Gesellschaft aus § 311 II, III werden also durch das Urteil keinesfalls derart berührt, daß ihre Gültigkeit ex tunc zerstört wird.

Wenn das Bestehen der „nichtigen" Gesellschaft außer den genannten aus § 311 II, III noch andere Rechtswirkungen gehabt hätte, z. B. wirksame Tätigkeit ihrer Organe nach jeder Richtung, also ihre Generalversammlungsbeschlüsse verbindliche Kraft gehabt hätten, was aber, wie § 3 feststellte, nicht der Fall war, so wäre eine Rückwirkung der rechtskräftigen Nichtigkeitserklärung denkbar; so aber wirkt sie nur ex nunc!

Vergl. Hellwig, Anspruch und Klagerecht p. 463; ebenso Simonis, a. a. O. p. 32 ff.; Wulf, a. a. O. p. 35, wenn auch auf ganz anderer Grundlage.

Wenn Gaupp-Stein von einer Wirkung ex tunc sprechen, so haben sie sicherlich die gesetzlichen Bestimmungen dahin ausgelegt, daß sich wie bei der nichtigen Ehe vor dem Urteil niemand in irgend einer Beziehung auf die Nichtigkeit berufen kann. Wo wäre sonst Raum für die ex tunc-Wirkung? —

— — Wie wir in § 5 herleiteten, beziehen wir die Vorschrift des § 311 II insofern nur auf die Zeit bis zur Rechtskraft des Urteils, als sie nur die Wirksamkeit der vor der Rechtskraft geschlossenen Geschäfte betrifft, bezw. mit der Rechtskraft die „nichtige"

Aktiengesellschaft in ihren wesentlichen Funktionen aufgehoben ist. Auch Makower, a. a. O. p. 755 bezieht die Vorschrift des § 311 II nur auf die Zeit bis zur Nichtigkeitserklärung, doch hält er sie für „anwendbar“ auf die Zeit zwischen der Rechtskraft und Eintragung der Nichtigkeit; anders Staub, 6. u. 7. Auflage, Anm. zu § 311. — Auch Cosack läßt, vergl. Lehrbuch p. 570, die „nichtige“ Aktiengesellschaft bis zur Registrierung gültige Geschäfte schließen.

Wie ist aber die Rechtslage, wenn man wie wir Auflösung der „nichtigen“ Gesellschaft durch Urteil annimmt? —

Sie ist die gleiche wie nach Auflösung einer normalen Aktiengesellschaft; daß die unbeschränkte Vertretungsmacht des Vorstands aufhört, hebt Simonis, a. a. O. p. 34, mit Recht hervor; jedoch ist dem Vorstand wohl auch noch vor der mit Eintragung der Nichtigkeit beginnenden Liquidation eine Geschäftsführungs- sowie Vertretungsmacht in Bezug auf unaufschiebbare Verwaltungsgeschäfte zuzubilligen. Soweit diese Vertretungsmacht nicht reicht, ist allerdings, wie nach Auflösung der gewöhnlichen Aktiengesellschaft vor Eintragung der Auflösung H. G. B. § 15 eingreift, auch [1]) nach Aufhebung der nichtigen Aktiengesellschaft der gutgläubige Dritte gemäß § 15 H. G. B. geschützt, vergl. auch Makower, a. a. O., p. 696.

[1]) Gegen die Anwendung des § 15 ist nicht mit Makower einzuwenden, die Eintragung sei falsch; vielmehr hat Dritten gegenüber die Eintragung der nichtigen A.-G. dieselbe Bedeutung wie die einer normalen A.-G.

Sollte Cosack bis zur Nichtigkeitserklärung das Bestehen einer nach innen und außen vollwirksamen Aktiengesellschaft annehmen, dem Urteil vernichtende Wirkung zusprechen, dann aber doch noch die Wirkungen aus § 311 II als bis zur Eintragung der Nichtigkeit fortdauernd ansehen, dann wäre (de lege ferenda allerdings nur) dagegen der begründete Einwand möglich, warum denn nach Auflösung der normalen Aktiengesellschaft der Dritte weniger geschützt sein sollte als nach Aufhebung der nur versehentlich entstandenen „nichtigen" Gesellschaft!

Sonderbar ist die Vorschrift des § 311 I, wonach die Liquidation erst mit der Eintragung [1]) ins Register beginnt, während sich die offene Handelsgesellschaft oder Aktiengesellschaft sonst mit ihrer Auflösung in eine Liquidationsgesellschaft verwandelt [2]) (vergl. H. G. B. § 294). Die Vorschrift könnte darauf hindeuten, daß entsprechend der Denkschrift den Gesetzgebern vielfach noch das Urteil als ein deklaratorisches vorgeschwebt hat

---

[1]) Die Frage, ob nach § 311 die Nichtigkeit oder nach dem anwendbaren § 273 das Urteil einzutragen ist, ist von geringer Bedeutung und wohl mit Simonis, a. a. O. p. 36, letzteres anzunehmen, da es sich hier nur um die mechanische Registriertätigkeit des Registerrichters handeln kann.

[2]) Makower, a. a. O. p. 754, erklärt die Vorschrift des § 311 I für „nicht genau" und bezieht sich auf die sonstigen Vorschriften des H. G. B., wo die Liquidation an die Auflösung direkt anknüpft. Ihm ist jedoch an der Hand des Gesetzes nicht zu folgen.

Wir berücksichtigen jedoch nur den Willen des Gesetzes; diesem zufolge, so wie wir ihn auffaßten, kamen wir zur Annahme des konstitutiv auflösenden Urteils.

Die Besonderheit des § 311[I] kann dem nicht entgegenstehen, zumal sie ihren Grund in einer „einheitlichen" Regelung haben kann für den Fall, daß in der Tat die Gesellschaft durch Löschung von Amtswegen nach § 144 des Reichsgesetzes betr. Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit erlischt.

Die Frage, wann die Funktionen der Gesellschaft aus § 311[II] aufhören, ist praktisch nicht sehr bedeutsam, da ja gemäß §§ 309, 273 die Registrierung der Nichtigkeit unverzüglich nach der Rechtskraft des Urteils erfolgen muß.

§ 7.

Die Heilung der Mängel vor der Rechtskraft des die Nichtigkeit erklärenden Urteils.

Nach H.G.B. § 310 kann ein Mangel, der die Bestimmungen über die Firma oder den Sitz der Gesellschaft, den Gegenstand des Unternehmens, die Bestellung oder Zusammensetzung des Vorstands, die Form der Bekanntmachungen der Gesellschaft oder die Form der Berufung der Generalversammlung betrifft, durch einen den Vorschriften des H.G.B. über eine Änderung des Gesellschaftsvertrages entsprechenden Beschluß der Generalversammlung geheilt werden. Es bedarf der Beschluß also einer Mehrheit, die mindestens drei Viertel des bei der Beschlußfassung

vertretenen Grundkapitals umfaßt. § 310[2] gibt noch besondere Vorschriften, wie die Generalversammlung zu berufen ist, falls der Mangel gerade die Bestimmungen über die Form der Berufung betrifft.

Geschieht die Heilung, falls schon Klage auf Nichtigkeitserklärung erhoben ist, noch so zeitig, daß sie in der letzten Tatsachenverhandlung berücksichtigt werden kann, so kann sie vorgebracht werden, und der Kläger ist abzuweisen, da das den Prozeßgegenstand bildende Recht des rechtlichen Könnens — contra Langheineken, der als Prozeßgegenstand das aufzulösende Rechtsverhältnis (resp. den Rechtsvorgang) ansieht — mit der Heilung wie das Scheidungsrecht des Ehemanns mit der Versöhnung untergegangen ist.

Wie aber, wenn die Heilung erst nach Erlaß des Urteils, bezw. nach der letzten Tatsachenverhandlung erfolgt? — oder wenn sie während des Verfahrens in der Revisionsinstanz erfolgt? —

Unser Fall ist ganz kongruent dem, daß eine Ehescheidung ergangen ist und vor der Rechtskraft, also während der Revisionsinstanz z. B., eine Versöhnung der Ehegatten stattfindet.

Über solche Fälle finden sich Besprechungen in der zitierten Schrift Seckels über die Gestaltungsrechte und in dem Hellwigschen Aufsatz in der Dtsch. Jur.-Zeitung, 1903, Nr. 12. Seckel und Hellwig stimmen insofern überein, als sie beide gegen die Härte ankämpfen, die darin liegen würde, die Scheidung trotz vorheriger Versöhnung durch die Rechtskraft des Urteils eintreten zu lassen. Sie widersprechen damit

dem Grundsatz, der sich in den Motiven zum B. G. B. § 1325 findet, wo es heißt: „es verstehe sich von selbst, daß die erfolgte Genehmigung nur solange geltend gemacht werden könne, als nach den Grundsätzen der C. P. O. Tatsachen überhaupt noch vorgebracht werden könnten; wenn durch das Urteil die Ehe für nichtig erklärt sei, könnte das Urteil nachträglich nicht deshalb in Frage gestellt werden, weil die Ehe noch vor Rechtskraft des Urteils genehmigt worden wäre, dieser Umstand aber in dem Nichtigkeitsprozesse nicht mehr habe geltend gemacht werden können."

Hiergegen stützt sich Seckel auf den Gedanken, daß das Interesse an der Aufrechterhaltung der Ehe möglichst zu wahren ist, und das materielle Recht nicht unter einer Überschätzung der Feststellungs- und Gestaltungskraft des rechtskräftigen Urteils leiden darf. Er nimmt an, daß das Gestaltungsurteil nach Untergang des Gestaltungsrechts zur Zeit der Rechtskraft seine Wirkungsvoraussetzungen nicht mehr vorfinde. Er stützt sich, wie die Note 2 auf p. 245 der Festschrift für Koch ergibt, dabei auf seine Lehre vom Doppeltatbestand; er ist der auch von Hellwig vertretenen Ansicht (vergl. Anspruch und Klagrecht p. 467), daß das konstitutive Urteil zusammenwirke mit einer in der Klageerhebung liegenden Privatwillenserklärung. Doch geht nicht klar aus seinen Ausführungen hervor, inwiefern er damit etwas für seine Auffassung beweisen kann; der Doppeltatbestand liegt ja im Fall der nachträglichen Versöhnung ebenso vor; oder sollte Seckel

etwa in der Versöhnung einen Widerruf der in der Klageerhebung enthaltenen Willenserklärung sehen? —

Diesen Gedanken der ipso iure gegebenen Unwirksamkeit des Urteils erwägt dagegen Hellwig nicht. Er hält unbedingt daran fest, daß das konstitutive Urteil, wenn nicht Gegenmaßregeln getroffen werden, seine bestimmungsgemäße Wirkung ausübe, ob es mit Recht ergangen ist oder nicht, vielmehr, ob das Recht auf Rechtsänderung zur Zeit der Rechtskraft noch besteht oder nicht. — Dieser Standpunkt zeigt sich ebenso in seinen Ausführungen über die Ex-tunc-Aufhebung konstitutiver rechtskräftiger Urteile (vergl. Dtsch. Jur.-Ztg. 1904, Nr. 18). Wenn die Ehe geschieden ist, aber das Scheidungsurteil mittels Restitutionsklage aufgehoben wird, sich also als unberechtigterweise ergangen erweist, dann ist nach Plancks[1]) Meinung durch das erste Urteil eine Scheidung nur „zum Schein" erfolgt; wie das zweite Urteil „feststelle", habe die erste Ehe in Wirklichkeit weiter bestanden. — Hellwig dagegen spricht dem ersten Urteil unbedingt rechtsändernde Kraft zu; er muß natürlich bezüglich der Gültigkeit einer zweiten vor Rechtskraft des Restitutionsurteils eingegangenen Ehe schon deshalb zu einem von Plancks Ansicht abweichenden Resultat kommen, da ja Planck infolge des von ihm angenommenen „ununterbrochenen" Fortbestehens der ersten Ehe die zweite für nichtig erklären muß. — Wenn Hellwig

[1]) Vergl. Zitate in Hellwigs Aufsatz in Dtsch. Jur.-Ztg. 1904, No. 18.

aber nun trotz Annahme der konstitutiv rückwirkenden Aufhebung des konstitutiven Scheidungsurteils das gültige Bestehen der zweiten Ehe anerkennt, so hat dies seinen Grund in dem schon oben (vergl. § 6) erwähnten Grundsatz, der hier kurz durch die Stichworte: „Res integra“ angedeutet sein mag.

Jedenfalls erscheint die Annahme Hellwigs gerechtfertigt, daß ein konstitutives Urteil trotz Untergangs des materiellen Rechts auf Rechtsänderung seine bestimmungsgemäße Wirkung hat, d. h. im Falle der Ehescheidung „scheidet“. Wenn aber Seckel behauptet, sobald das Recht auf Scheidung fehle, fehlten auch die Wirkungsvoraussetzungen, dann muß er für gewisse Restitutionsfälle zu einer ähnlichen Konsequenz kommen wie Planck:

ein rechtskräftiges Scheidungsurteil, das der Restitution unterliegt, weil z. B. das Urteil auf einer unter „Meineid“ geschehenen Zeugenaussage beruht, also das vorausgesetzte Scheidungsrecht in Wirklichkeit garnicht bestand, könnte dann ebensowenig trennend gewirkt haben wie im Fall der vor der Rechtskraft erfolgenden Versöhnung; auch Seckel müßte dann zu dem Resultat kommen, das Restitutionsurteil stelle nur die Nicht-Scheidung durch das erste Urteil fest.

Unseres Erachtens liegen aber in allen diesen Fällen alle erforderlichen Wirkungsvoraussetzungen vor, solange überhaupt die Ehe besteht. Wenn diese nicht mehr besteht, dann ist freilich die Scheidung ein „Schlag ins Wasser“.

Wenn wir uns somit auf Hellwigs Standpunkt stellen und die konstitutive Wirkung auch beim Fortfall des Rechts des rechtlichen Könnens anerkennen müssen, so liegt in diesem Ergebnis unstreitig eine Härte; zwar, Berufung ist gegen die Ehescheidung noch möglich; sie ist gegen das die Nichtigkeit der Aktiengesellschaft aussprechende Urteil (gemäß §§ 309 272) ebenfalls nicht ausgeschlossen; und wenn die Heilung der Mängel noch so zeitig geschehen ist, daß sie in der letzten Tatsachenverhandlung der Berufungsinstanz berücksichtigt werden kann, dann tritt die konstitutive Wirkung des Urteils unmöglich ein. — Aber die vorerwähnte Härte macht sich dann vollauf geltend, wenn die Tatsache der Heilung nicht mehr in der letzten Tatsachenverhandlung[1]) vorgebracht werden kann! In der Revisionsinstanz darf eine neue Tatsache, wie die Heilung der Mängel, keine Berücksichtigung finden! Es ergeht in dieser Instanz das konstitutive, die „nichtige“ Gesellschaft aufhebende Urteil, auch wenn zur Zeit der mündlichen Verhandlung die Heilung schon geschehen ist! Die Nichtigkeits- oder Restitutionsklage ist natürlich nicht zulässig, wenn nicht zufällig eine der Voraussetzungen der §§ 579, 580 vorliegt. Im Gesetze finden wir keine Abhilfe gegen diese Härte!

---

[1]) scilicet der Berufungsinstanz; wenn noch Berufung möglich ist, wird ja die „Härte“ durch Zulässigkeit der Berufung gemildert.

Allein, Hellwig erklärt die Vollstreckungsgegenklage des § 767 C.P.O. für anwendbar; in seinem Lehrbuch p. 394, Note 10 geht er den Weg der Analogie, in dem Aufsatz in der Deutschen Jur.-Ztg. 1903, Nr. 12 wendet er sie direkt an. Hellwig sieht darin allerdings auch nur ein Mittel, die Ehescheidung z. B., in der er wie in allen konstitutiven Urteilen eine Entfaltung der staatlichen Befehlsgewalt, eine Art der Zwangsvollstreckung (Anspruch und Klagerecht p. 475) sieht, zu „hindern"; er betont mit Recht, daß die Vollstreckungsgegenklage nach der Rechtskraft des konstitutiven Urteils gerade so zu spät komme, wie in den gewöhnlichen Fällen, wenn sie erhoben wird, nachdem die Realisierung der Verpflichtung schon stattgefunden hat[1]). Die von Hellwig angenommene Anwendbarkeit des § 767 C.P.O. setzt für unseren Fall voraus, daß die Heilung (vergl. § 767 II) erst nach dem Schluß derjenigen mündlichen Verhandlung geschehen ist, in welcher Einwendungen spätestens hätten geltend gemacht werden können.

Seckel a. a. O. setzt nun der Konstruktion Hellwigs folgendes entgegen: „Die Klage aus § 767 setzt jedenfalls einen formell vollstreckbaren Vollstreckungsanspruch voraus; dem Urteil, gegen das

[1]) Natürlich setzt die Anwendung der Klage aus § 767 C.P.O. in unserem Fall voraus, daß für ihre Zulässigkeit der Beginn der Vollstreckung nicht erforderlich ist; Hellwig, Anspruch und Klagrecht, p. 495, 497; Seckel und herrschende Meinung; vergl. auch Sydow-Busch, p. 696, Anm. 4.

sich die Vollstreckungsgegenklage richtet, muß die Eigenschaft der Vollstreckbarkeit bereits zukommen; dieses Erfordernis mangelt hier auf alle Fälle."

Gegenüber dieser Einwendung Seckels muß zwar zugestanden werden, daß die Rechtslage vor der Rechtskraft des konstitutiven Urteils der Rechtslage ihrer Natur nach nicht gleicht, wenn ein Leistungsurteil rechtskräftig oder für vorläufig vollstreckbar erklärt und mit der Vollstreckungsklausel versehen ist; allein, wir können auch bei Erlaß des konstitutiven Urteils von dem Vorhandensein einer Vollstreckbarkeit sprechen. Während nämlich beim Leistungsurteil die Möglichkeit des Vollstreckt-Werdens erst durch die Erteilung der Vollstreckungsklausel nach Eintritt der Rechtskraft (bezw. Erklärung für vorläufig vollstreckbar) eintritt, tritt diese Möglichkeit beim konstitutiven Urteil ipso iure mit seinem Erlaß ein, insofern als mit ihm eine Frist zu laufen beginnt, deren Ablauf die Vollstreckung durch Rechtskraft in sich enthält. Der Unterschied besteht auch darin, daß zu der letzteren Art der Vollstreckung nicht wie beim Leistungsurteil besondere äußere Maßregeln notwendig sind, sondern diese unbedingt erfolgt, wenn nicht Gegenmaßregeln getroffen werden.

Somit wäre die Einwendung Seckels kein Grund, die analoge Anwendung des § 767 C. P. O. abzulehnen, zumal auch durch die Heilung der Nichtigkeit das materielle Recht des Aktionärs auf Nichtigerklärung bezw. Auflösung der „nichtigen" Aktiengesellschaft untergeht und somit im Sinne des § 767 eine „Ein-

wendung“ begründet ist, „die den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betrifft.“ Und zwar ist hier unter „Anspruch“ nach Hellwig die zwecks richterlicher Verfolgung aufgestellte Rechtsbehauptung des Rechts des rechtlichen Könnens zu verstehen, dessen Realisierung bezweckt ist.

Das einzige, was wohl gegen diese Lösung einzuwenden wäre, betont Seckel, a. a. O. p. 245; entsprechend der Fassung des § 767 könnte man die Fähigkeit, die Widerspruchsklage aus § 767 anzustrengen, nur dem Beklagten (Schuldner) zusprechen, d. h. dem, gegen den die Gestaltungsklage angestrengt war, in unserem Fall der Gesellschaft als solcher. — Der Kläger dagegen hätte keinen Schutz gegen die Wirkung der Nichtigkeitserklärung. Hellwig und die gesamte Literatur schweigen über diesen Punkt.

Im übrigen aber hindert der Umstand, daß bei der Gesetzgebung an eine solche Anwendung des § 767 C.P.O. sicher nicht gedacht worden ist, nicht an seiner „analogen“ Anwendung.

§ 8.

Anhang.

§ 144 des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit bestimmt, daß unter den gleichen Voraussetzungen, unter denen nach § 309 H. G. B. die Nichtigkeitsklage erhoben werden kann, die Löschung der Aktiengesellschaft von Amtswegen „als nichtig“ erfolgen kann. In diesem Fall hat die

Löschung der Gesellschaft im Register jedenfalls die konstitutive Wirkung, die im Fall des Erlasses eines Nichtigkeitsurteils schon mit dessen Rechtskraft eintritt. Die Gesellschafter können dies Verfahren zwar anregen, haben aber nicht etwa einen Rechtsschutzanspruch auf Löschung; der Richter braucht ihrer Anregung keine Folge zu leisten; denn es handelt sich hier nicht um eine vor die freiwillige Gerichtsbarkeit verwiesene „Rechtsstreitigkeit" wie in den Fällen der §§ 80,165 etc. des Gesetzes über die Angelegenheiten d. Freiwilligen Gerichtsbarkeit; und es kann daher nicht davon gesprochen werden, daß der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit das „Recht" des Aktionärs, die Rechtsänderung herbeizuführen, realisiert oder, bei Versagung der Löschung, seine Realisation versagt.

Es mag noch hinzugefügt werden, daß bezüglich der Nichtigkeitserklärung und Löschung genau das Gleiche gilt wie für eine „nichtige" Gesellschaft mit beschränkter Haftung, da §§ 75—77 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften m. b. H. inhaltlich mit §§ 309—311 H.G.B. übereinstimmen.